Gert Kummerow

BIENES Y DERECHOS REALES

QUINTA EDICIÓN

Mc Graw Hill



BIENES
y
DERECHOS REALES

DERECHO CIVIL II

Quinta edición

Con referencias a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

Gert Kummerow

Doctor en Derecho. Profesor titular

Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas

Universidad Central de Venezuela

Revisión Técnica

Luisa Sánchez

Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Universidad Central de Venezuela



CARACAS • BUENOS AIRES • GUATEMALA • LISBOA • MADRID • MÉXICO • NUEVA YORK
PANAMÁ • SAN JUAN • SANTAFÉ DE BOGOTÁ • SANTIAGO DE CHILE • SÃO PAULO
AUCKLAND • HAMBURGO • LONDRES • MILÁN • MONTREAL • NUEVA DELHI
PARÍS • SAN FRANCISCO • SIDNEY • SINGAPUR • ST. LOUIS • TOKIO • TORONTO

McGraw-Hill Interamericana
Una subsidiaria de The McGraw-Hill Companies

BIENES Y DERECHOS REALES. DERECHO CIVIL II.
Quinta edición

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY
Depósito legal: lf 4662001341484

ISBN 10: 9803730479
ISBN 13: 9789803730475

Editor: Alejandro Rétali
Corrector de estilo: Miguel Bustillo
Diseño, diagramación y montaje electrónico: Miguel Bustillo
Portada: Centrum Publicidad, C.A.

Printed in Colombia

Impreso en Colombia

Impreso por Nomos Impresores

TABLA DE CONTENIDO

PREFACIO

I

La elaboración de un Manual, dirigido fundamentalmente a estudiantes de pregrado, envuelve a menudo una doble dificultad.

En primer lugar, tal instrumento busca ordenar y transmitir el conocimiento acumulado, en ocasiones de modo parcial, por el autor, a un conjunto indeterminado de personas que se proponen iniciar la investigación de una esfera definida del sistema jurídico, dentro de las limitaciones impuestas por el pensum.

Por otra parte, las nociones incorporadas al texto sólo persiguen la finalidad de forjar una guía, para que el lector pueda tener acceso a otras fuentes susceptibles de construir los cimientos utilizables en su futuro quehacer profesional.

Tales vertientes resultan difíciles de armonizar, cuando se aborda la preparación de un compendio que pretende destacar un cierto número de instituciones regidas por el Derecho Positivo. En efecto, quien toma la tarea de apuntar su atención a una disciplina jurídica singularizada como la esfera que ocupan los derechos reales, contrae lateralmente el compromiso de no aceptar como soporte exclusivo de su intento una sola corriente de información. De lo contrario, el autor incurriría en el error inexcusable de marginar el complejo de sistemas rectores de la conducta humana, que constituyen realidades en otras latitudes, y de convertir el libro en texto único; desechable expediente que amenaza con erigirse en receptáculo impermeable a otros pensamientos merecedores de apreciación.

Utilizar un Manual supone, por consiguiente, colocarse siempre en una postura crítica, ya que las respuestas predicadas por un ordenamiento jurídico no pueden despreciar las soluciones que proponen otros sistemas, so pretexto de que ellas solamente se aplican a un ámbito de validez desprovisto de toda proyección. Es así como destaca la elemental necesidad de recurrir al método comparativo, con miras a mejorar las normas jurídicas vigentes, o de ofrecer nuevas perspectivas a las instituciones tradicionales.

II

Para muchas parcialidades, el área reservada al análisis de las relaciones creadoras de obligaciones reales representa oportunidad propicia para declarar, sin mayor esfuerzo, la presencia de la llamada "penetración del Derecho Público en el Derecho Privado". A esta visión no escaparían otras ramas que fueron, durante siglos, dominio exclusivo de los iusprivatistas. Pero esta idea no es ajena a la presión ejercida por factores típicos de la Política del Derecho, alimentadas todas ellas por el afán de someter las relaciones creadas por la autonomía privada a la voluntad de un ente colocado en un grado superior. Tal óptica explica en buena medida las remisiones que, a lo largo del libro, se hacen a dispositivos técnicos generalmente comprendidos bajo la etiqueta del Derecho Público. Prescindir de tales conexiones tornaría más difícil la comprensión cabal de las figuras incorporadas al Código Civil. El destinatario de un texto que intenta explicar el significado de la tipología de los derechos reales, asumirá correlativamente, el deber de entender su estudio como el segmento de un sector mucho más dilatado y no como pieza aislada que desprecia el resto del mundo del Derecho.

III

En términos generales, el esquema del Manual sigue la línea ya trazada en ediciones anteriores, con los añadidos impuestos por las reformas que ha experimentado el ordenamiento jurídico venezolano en los últimos años. Oportuno resulta señalar que muchas reformas introducidas, de reciente data, son pasibles de críticas que escaparían de los linderos impuestos por la naturaleza misma de este libro. Confío esta tarea a los estudiosos de la ciencia jurídica, animado por el anhelo de que su esfuerzo ayude a colmar los vacíos inevitables, al momento de esbozar un esquema de las instituciones angulares de los Derechos Reales.

IV

La nueva Constitución nacional (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 30 de diciembre de 1999) abre espacio a un creciente elenco de normas subordinadas que desarrollarán sus lineamientos básicos. Para las materias estudiadas en este Manual, resulta innegable la profunda penetración de una óptica diferente en el tratamiento tradicional de muchas instituciones reservadas a los derechos reales. Los parámetros responderán a criterios diversos de Política del Derecho, dado el marco normativo instaurado por la nueva Constitución. De momento, en este libro se incorporan los dispositivos técnicos de mayor relieve, que interesan a la elaboración futura de textos legislativos de rango inferior.

La Disposición Derogatoria adoptada por la Constitución de 1999, a renglón seguido de la regla de estilo, mantiene la vigencia del resto del ordenamiento jurídico vigente "en todo lo que no contradiga a esta Constitución", declaración que al menos evita, en cierto modo, un desajuste evidente en la estructura creada por normas supraordenadas, hoy carentes de vigencia.

Gert Kummerow

Capítulo I
El patrimonio

1. Preliminar. 2. Tesis clásica o teoría del patrimonio-personalidad. 3 Teoría del patrimonio-afectación.
4. Los patrimonios separados. 5. Caso especial del fondo de comercio. 6. El patrimonio autónomo.
7. La responsabilidad patrimonial.

1. PRELIMINAR

La formulación de una doctrina del patrimonio interesa de modo especial a la teoría del Derecho Positivo, en la medida en que ella permita descubrir el complejo de bienes, materiales, inmateriales, o de relaciones jurídicas, en términos más amplios, susceptibles de quedar sometidos a las acciones de los acreedores del titular, dirigidas a satisfacer sus pretensiones, y lateralmente, en la medida en que con ese mismo instrumental puedan ser colocados fuera del alcance de las acciones de los acreedores otros bienes, conjuntos de bienes o de relaciones jurídicas, con independencia de su significación económica, en el sentido técnico de la expresión.

Una conceptuación de típico corte clásico concibe el patrimonio (de *patris-munium:* conjunto de bienes recibidos por una persona de sus padres o ascendientes) como una *integración de derechos y obligaciones.* El patrimonio, así, puede entenderse como el *conjunto de derechos y obligaciones de una persona.*[1]

1. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, I-1, p. 434.

Varios son, sin embargo, los criterios manejados por la doctrina para penetrar en el concepto técnico del patrimonio. Castán Tobeñas, en esquema adoptado por Miguel María De Serpa Lopes,[2] los distribuye del siguiente modo:

A) *Area de definiciones fundadas en la doctrina clásica.* Radican todas ellas sobre la idea de *universalidad*. El patrimonio es concebido como un todo, como un complejo, diverso de sus distintos fragmentos (bienes materiales e inmateriales, derechos);

B) *Grupo de definiciones* que, sin partir del carácter de universalidad atribuido al patrimonio conforme a los lineamientos precedentes, lo aceptan como *conjunto de relaciones jurídicas*, con relevancia económica, dependientes y estrechamente vinculadas con sus elementos integradores,[3] cuyo titular es un sujeto;

C) *Area de definiciones* que conceptúan el patrimonio como una *suma de derechos*, excluidas las deudas (*débitos*).

En ciertos sectores de la doctrina se afirma que el patrimonio contiene los *bienes* de un sujeto, lo cual no es enteramente cierto.[4] El patrimonio, examinado desde su ángulo activo, no contiene (o al menos, no exclusivamente) las *cosas* cuya titularidad corresponde a un sujeto, sino los derechos conectados a la persona por una relación de pertenencia (derechos reales, derechos de crédito, derechos intelectuales).

Los elementos del patrimonio se tipifican:

a) Por ser aptos para satisfacer necesidades (no puramente económicas);

b) Por ser *valorables en dinero* ("tienen, por eso, ante todo, un *valor de cambio*, en cuanto permiten obtener un cierto valor mediante negocios de cambio cuyo objeto constituyan; pero pueden también

2. De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil*, VI, p. 52.
3. A semejante construcción conceptual responde el criterio acogido por Aurelio Candián (*Instituciones de Derecho Privado*, p. 217): El patrimonio "no es un complejo de bienes o de cosas, sino un complejo de *relaciones jurídicas* que tienen un *contenido económico*, reducidas a una unidad por pertenecer a un mismo sujeto: de tal manera que, pudiendo ser exiguo o casi nulo el activo a disposición de este último, y mucho mayor el pasivo, es de todos modos el sujeto de un patrimonio". *V.* también, Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 378.
4. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, II, p. 262.

tener un *valor de uso*, es decir, ser valorados por la razón de que son idóneos para dar utilidad directa").[5]

Estos elementos forman un *bloque* complejo, tienen una existencia indefectiblemente vinculada y están sometidos a reglas explicables a través de su misma reunión.[6] Tal cohesión no puede ser entendida en un sentido material, sino con referencia a una norma que sirva de sustentáculo al complejo.[7]

En consecuencia, si de las enseñanzas de la doctrina tradicional se extraen los elementos que aún resultan aprovechables para la identificación del patrimonio en un sistema jurídico determinado, una definición más o menos aproximada deberá tomar en cuenta tanto el *aspecto activo* como la *faz pasiva* del patrimonio. Esto es, tanto las relaciones jurídicas en las cuales la posición del titular ostenta un signo positivo, comoen las que el titular se encuentre comprometido con sus bienes frente a otro sujeto (pretensor). Este material es aprovechado por las corrientes tradicionales para construir la definición del patrimonio: "*Conjunto de derechos y obligaciones* que constituyen una *universalidad de derecho*, susceptibles de *valoración pecuniaria*".[8]

5. Messineo, Francesco: *Manual...*, p. 261.
6. El derecho sobre el patrimonio no es un derecho sobre el todo, distinto de los derechos sobre cada unidad componente. La noción jurídica de patrimonio reposa, por consiguiente, no sobre el conjunto de bienes agrupados en el activo sino en el conjunto de derechos que el titular pueda ostentar sobre ellos. Pero aun así, el patrimonio no puede considerarse como una relación autónoma, tornándose por sí mismo en un objeto jurídico. (De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil*, VI, p. 53).
7. Santoro Pasarelli, Francesco: *Dottrine generali del Diritto Civile*, p. 84.
8. *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano*, III-1, p. 7. Frédéric Speth (*La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, p. 13) entiende por patrimonio "todo el conjunto de elementos, activos y pasivos, que constituyen una universalidad propia, netamente diferenciada en relación a otros derechos y obligaciones". El patrimonio no es considerado como un objeto unitario de derechos, sino como el complejo de relaciones jurídicas de importancia económica directa para la persona que figura como titular. Como tal, el patrimonio está integrado por *derechos y obligaciones*, cada uno de los cuales sostiene su propio objeto. En sentido jurídico, el patrimonio envuelve, también, el pasivo (Trabucchi, Alberto: *Istituzioni*, p. 378).

2. TESIS CLÁSICA O TEORÍA DEL PATRIMONIO-PERSONALIDAD

Los redactores del Código Civil francés no elaboraron una teoría general sobre el patrimonio, ni sobre las universalidades.[9]

El patrimonio es, básicamente, para las posturas tradicionales, una consecuencia directa de la idea de personalidad.[10] Constituye un derecho innato que toda persona arrastra desde su nacimiento, independientemente, por tanto, de su propia voluntad. Los derechos que lo integran tienen, necesariamente, *contenido económico* y representan la suma del activo y del pasivo, con entera prescindencia de que el pasivo sea igual, superior o inferior al activo.

Frente a este aserto, quedan marginados del patrimonio los *derechos políticos*, los *derechos de familia* desprovistos de matices económicos y los *derechos de la personalidad*. Estos últimos sólo admitirán valoración pecuniaria, según Aubry y Rau, cuando sean objeto de alguna lesión.[11]

Actualmente la inclusión de las deudas (débitos) en el patrimonio es severamente criticada por muchos autores. Las deudas, afirman, lejos de mejorar el patrimonio, lo gravan con visible detrimento del mismo.

Si bien, para la dirección descrita y por las razones anotadas, la voluntad no desempeña papel alguno en el origen mediato del patrimonio, la misma cumple una función unificadora de los elementos, en lo que atañe a la creación de nuevos vínculos jurídicos entre sus diversos componentes.

A) *Caracteres del patrimonio según la teoría clásica*

De la exposición anterior se desprenden los caracteres fundamentales del patrimonio, según el esquema de la doctrina tradicional:

9. La construcción de tal doctrina fue labor, especialmente, de un grupo de expositores del Código Civil francés, y su resumen más acabado se halla en los trabajos de Aubry y Rau. Con frecuencia, la doctrina clásica se designa con el nombre de estos tratadistas, a quienes se suele adjudicar íntegramente la paternidad de la tesis.
10. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, I-1, p. 438.
11. Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine...*, pp. 14 y 15.

a) El patrimonio es una universalidad jurídica;

b) El patrimonio es una universalidad jurídica ligada a la persona;

c) El patrimonio está integrado exclusivamente por derechos pecuniarios;

Las siguientes secciones se destinan al examen de tales presupuestos.

a) *El patrimonio es una universalidad jurídica*

Los derechos y obligaciones de una persona gravitan sobre su patrimonio, en el que forman un bloque (*masa patrimonial*). Los derechos y obligaciones son componentes variables cuyo titular es un solo sujeto y se encuentran vinculados entre sí.[12] Resulta, así, un todo unitario e indivisible, distinto de sus elementos integradores.

De ello se infiere:

a') *Existe un nexo entre el pasivo y el activo* (derechos reales, créditos, etc., ligados a los débitos). El activo responderá del pasivo. El patrimonio es la suma del activo y el pasivo, sin que influya el hecho de que el primero sea inferior al segundo.[13] De allí que la finalidad destacada del patrimonio resida en la satisfacción de los acreedores del titular (CC. venezolano, art. 1.864). El deudor se obliga con todo su patrimonio. Los acreedores pueden ejercer sus acciones contra ese patrimonio. Incluso pueden promover los derechos y acciones del deudor, excepto los derechos que son exclusivamente inherentes a la persona de éste, para el cobro de lo que les es debido (CC., art. 1.278: acción oblicua), y están facultados para atacar en su propio nombre los actos que el deudor haya ejecutado en fraude de sus derechos (CC. venezolano, art. 1.279: acción pauliana).[14]

Para que el activo responda del pasivo es, no obstante, necesario que los elementos pecuniariamente valorables, colocados en estos

12. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 261. Biondi rehúsa conceder al patrimonio la categoría de *universitas iuris*, puesto que la ley no lo considera como una unidad. Tal carácter lo adquiere cuando deviene en herencia, a la muerte del titular: lo que antes de producirse este evento era la totalidad de relaciones y situaciones concentradas en una persona, llega a integrar un todo complejo que se transfiere a los causahabientes (Biondi, Biondo: *Los bienes*, pp. 179 y 180).
13. Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine...*, p. 15.
14. *V.*, Ripert, Georges: En *Encyclopedie Dalloz*, "Droit Civil", tomo III, p. 733.

extremos, pertenezcan a una misma *universalidad jurídica*, lo que implícitamente excluye tal consecuencia si el patrimonio llega a conceptuarse como *universalidad de hecho*.[15]

b') *La noción de subrogación real*. En forma genérica, en una relación jurídica, la subrogación es la sustitución de un sujeto por otro (subrogación personal), o de un derecho por otro (subrogación real).

Cabe advertir que la subrogación real a que alude la doctrina clásica del patrimonio no debe confundirse por completo, pese a los inevitables puntos de contacto, con la subrogación que opera en el campo del derecho de obligaciones.

Para la corriente que examinamos, la subrogación es entendida como una *"ficción de derecho* en fuerza de la cual una cosa adquirida en lugar de otra que fue enajenada, toma la cualidad de esta última, en el mismo lugar ocupado por la anterior".[16] Se verifica, en síntesis, una subrogación de este género siempre que el bien nuevo, localizado en el lugar ocupado por el bien anterior, se encuentra sometido a la misma disciplina jurídica rectora,[17] lo que supone que el elemento que ha egresado del patrimonio estaba regido por reglas particulares que lo comprometen en vista de la garantía patrimonial.[18]

15. En el Derecho Positivo se localizan dos tipos de universalidades. Las *universitas iuris* –universalidades jurídicas– ("El conjunto de elementos de naturaleza diversa cuya cohesión reside en el hecho de que todos están orientados hacia un mismo fin y sirven de garantía a un pasivo común, claramente especificado". Speth, Fréderic: *La divisibilité du patrimoine...*, cit., p. 12, N° 11), y las *universitas facti* -universalidades de hecho- (homogeneidad de cosas singulares, por lo regular muebles, con una destinación común, independientes unas de otras y con un nombre común comprensivo de ese conjunto: un rebaño, una pinacoteca, una biblioteca). *Cfr.* De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil...*, cit., VI, pp. 66 y 67. *V.*, asimismo, Barbero, Domenico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 246, N.° 158.

16. El concepto de "fungibilidad" de los elementos del activo patrimonial es solamente aproximativo, en cuanto a su manejo técnico de la noción de *cosa fungible* (bien fungible) propia de la clasificación de los bienes (*infra*, Capítulo II).

17. *Cfr.* De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso...*, VI, p. 71.

18. Estrictamente, por vía de ejemplos, se citan como casos de subrogación en el derecho positivo: los bienes adquiridos por uno de los cónyuges con dinero proveniente de la venta de un bien propio (porque lo adquirió con anterioridad al matrimonio, o lo heredó, CC., art. 151). El nuevo bien, que debería en principio caer dentro de la comunidad conyugal de gananciales, es colocado por la ley dentro de los bienes propios del respectivo cónyuge (CC., art. 152, ordinal 6). Del propio modo, conforme al artículo 152 del Código Civil, se hacen propios del cónyuge: los bienes que adquiera durante el matrimonio por permuta con otros bienes propios por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios, y con dinero del patrimonio del respectivo cónyuge, por dación en pago hecha a uno de los cónyuges por obligaciones provenientes de bienes propios; en el régimen de la ausencia, si después de la toma de posesión definitiva volviere el ausente o se probare su existencia, recuperará los bienes en el estado en que se encuentren, y tendrá derecho al precio (si aún se debiere) de los enajenados, o a los bienes provenientes del empleo de ese precio (CC., art. 436); si el bien dado en usufructo perece, el derecho se traslada al valor del seguro de la cosa siniestrada, si el usufructuario y el propietario no la destinaren al restablecimiento de la cosa o a la adquisición o construcción de otra equivalente, sobre la cual continuará el usufructo (CC., art. 623, pár. 2 y 3); cuando la cosa debida ha perecido, se ha colocado fuera del comercio o se ha perdido sin culpa del deudor, los derechos y acciones que le pertenecían respecto de esta cosa se trasladan al acreedor (CC., art. 1.345). Conforme al artículo 40 *in fine* de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, los créditos hipotecarios o privilegiados que existieren sobre los inmuebles expropiados se trasladan al precio, en las mismas condiciones en que lo reciba la persona expropiada.

En la elaboración doctrinal de Aubry y Rau, la subrogación real resulta de la *fungibilidad de todos los elementos del activo*. Los bienes que integran el activo patrimonial, contemplados en su investidura pecuniaria, son *fungibles*, pueden ser sustituidos por otros bienes: el precio de la cosa –en el contrato de compraventa, por ejemplo– reemplaza el bien enajenado, y la cosa adquirida por el comprador sustituye el lugar del dinero entregado en pago. En consecuencia, si el elemento que egresó del patrimonio respondía del pasivo, el que ingresa *también apuntalará ese pasivo*.

Esto permite explicar el precepto normativamente recogido en la mayoría de las legislaciones adscritas al grupo francés: "Los bienes del deudor constituyen la prenda común de los acreedores" (CC. venezolano, art. 1.864), lo que involucra, en principio, la *igualdad absoluta entre los acreedores* del titular del patrimonio. Sin embargo: a) No se concibe un derecho de *prenda* general de los acreedores sobre el complejo de relaciones jurídicas cuyo centro sea el titular del patrimonio, sino *"un poder de expropiación de los bienes en particular"*;[19] b) la norma alude a una categoría calificada de acreedores (los *quirografarios*), quienes no poseen derechos sobre bienes específicamente designados del deudor. Por ello, un sector de la doctrina se inclina a considerar a los acreedores quirografarios como una suerte de *causahabientes del*

19. Candián, Aurelio: *Instituciones...*, p. 217.



deudor; "en efecto, como la prenda común envuelve una masa de bienes cuya consistencia varía constantemente, el acreedor quirografario está llamado a aprovechar estas adquisiciones y a soportar las enajenaciones realizadas por el deudor, como lo haría el sucesor a la muerte de este último".[20] Tal es la razón por la cual los derechos de los acreedores quirografarios no se ejercen sobre el activo que existía al momento de surgir la obligación, sino sobre el activo *actual*, vigente en la oportunidad de promover las acciones contra el deudor, lo que explica la regla: "el obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber" (CC. venezolano, art. 1.863),[21] y la afirmación paralela con arreglo a la cual los acreedores quirografarios no tienen un derecho de persecución sobre bienes *especialmente designados* que, habiendo pertenecido al deudor, egresaron de su patrimonio.[22]

Dado el anterior orden de ideas, el vocablo '*prenda*' reclama sustitución por la expresión *garantía a favor de los acreedores del deudor* (*infra*, N° 7).

Ahora bien, para que un sujeto pueda ostentar un derecho preeminente sobre bienes determinados del patrimonio del deudor, es necesario que exista una *causa de preferencia* respecto de ciertas cosas, específicamente designadas por la ley, lo que constituye una primera excepción a la regla edificada por la teoría tradicional. Los *privilegios* y las *hipotecas* configuran, en este sentido, derogaciones de primer orden al principio de la igualdad absoluta entre los acreedores, el cual no se conserva sino como noción residual aplicable a los acreedores quirografarios.

Pero la causa de preferencia oriunda de la garantía hipotecaria y que autoriza al acreedor a satisfacer con preferencia a otros acreedores sobre el valor del inmueble hipotecado, no impone a aquél un deber de abstención con relación a los otros bienes del deudor, que siguen integrados a la "prenda" común. Sobre esta base, el acreedor hipotecario está facultado para dirigir también, sus acciones contra el deudor, en

---

20. Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance*, p. 24.

21. La exposición no debe conducir a la errónea imagen de que los bienes futuros sean elementos del patrimonio, ya que éste está formado por el complejo de relaciones cuyos términos objetivos son bienes *actualmente* vinculados al titular (*Cfr.* Vitucci, Elio: Voz "Patrimonio", en *Nuovo Digesto italiano*, IX, p. 557, N.° 1). *V. infra*, N.° 7, acerca del verdadero significado de la expresión.

juicio ordinario y proceder contra los bienes que no le hayan sido afectados especialmente. Admitir la hipótesis contraria equivaldría a destruir la esencia misma de la garantía y a imponer al acreedor un deber circunscrito sólo a los bienes que forman el objeto de la hipoteca.[23]

b) *El patrimonio es una universalidad ligada a la persona*

El patrimonio, como emanación de la personalidad, está vinculado al titular (persona individual o persona colectiva). Del principio derivan tres corolarios:

a') *Sólo las personas tienen patrimonio*. Para la doctrina tradicional, resulta inconcebible el patrimonio sin un sujeto que le sirva de base de sustentación. Tal principio, indiscutible para esta corriente, ofrece serios inconvenientes cuando se enfrenta a la herencia yacente o, en general, a los patrimonios organizados para el cumplimiento de determinados fines (culturales, benéficos, científicos), a los que se otorga ulterior personalidad. Según la doctrina clásica, en este último caso una masa de bienes, no constituiría patrimonio por el simple hecho de su afectación a un fin, sino por la adquisición de la personalidad conforme al procedimiento organizado por la ley. Así para las fundaciones (*V.* artículos 19 y ss. del Código Civil, e *infra*, sección 6).

b') *Toda persona tiene un patrimonio. Intransmisibilidad del patrimonio*. Siendo el patrimonio un atributo de la personalidad, toda persona (física, moral, persona jurídica individual o persona jurídica colectiva) tiene necesariamente un patrimonio.

El patrimonio es un *continente*. Aun no existiendo el contenido (la persona carece de activo, es insolvente), el sujeto tendría un patrimonio,[24] porque *no ha desaparecido su aptitud para adquirir derechos y bienes* que tomarán su lugar específico en el patrimonio.

Puesto que la persona tiene necesariamente un patrimonio, *es inconcebible la enajenación del patrimonio por actos inter vivos*. El patrimonio, como tal, no puede ser enajenado. El sujeto puede desprenderse de todos los elementos del activo mediante tantos actos

---

22. *V.*, Cicu, Antonio: *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, p. 17.

23. *Cfr.* Arg. de la Sentencia de la Corte de Casación venezolana, de 13 de diciembre de 1960, en *Gaceta Forense*, N.° 30, p. 89.

24. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual*..., II, p. 262.

de disposición como elementos existan en el patrimonio, o mediante un solo negocio jurídico, pero no habrá transferido el patrimonio como tal, puesto que el continente es susceptible de colmarse en el futuro con otros componentes patrimoniales. Con esta afirmación, la teoría clásica dejaba consumada la confusión entre "patrimonio" y "capacidad patrimonial".[25]

De mantenerse incólume la línea trazada por la corriente tradicional, el proceso discursivo conduciría a admitir que el patrimonio es intransmisible por *actos mortis causa*, ya que se extinguiría al desaparecer la personalidad con la muerte del titular.

Tal punto de vista es inaceptable, por el mínimo de seguridad requerido por el tráfico jurídico. Por ello, los mismos partidarios de la tesis clásica se vieron obligados a rectificar mediante el recurso a una ficción transplantada del Derecho Romano: *la continuación de la personalidad del difunto en los herederos*, quienes asumirían los elementos del patrimonio del de *cuius* y quedarían obligados respecto a los acreedores.

c') *Una persona no tiene más que un patrimonio (Unidad e indivisibilidad del patrimonio)*. La afirmación de que el patrimonio es una unidad abstracta, distinta de los bienes que lo integran, se considera un dogma en el derecho francés y en el ordenamiento jurídico belga.[26]

---

25. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 261, y Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 180. No han sido escasas las tentativas de la doctrina para escindir las nociones de *patrimonio y capacidad patrimonial*. Entre los adversarios de la confusión, Vittucci (voz "Patrimonio", *Op. cit.*, p. 559) subraya que el patrimonio, receptáculo concreto y continente de los derechos, susceptible de variar de un máximo positivo ilimitado hasta un residuo de cero, se esfuma por completo cuando el sujeto no se halla en la posibilidad de cumplir sus obligaciones y los acreedores no pueden valerse de la norma predispuesta por el artículo 1.864 del Código Civil a su favor. Pero aun en este caso extremo su "capacidad patrimonial" *in abstracto* restaría inmodificada. *V.*, Pela, Giuliano: Voz "Patrimonio", en la *Enciclopedia Forense*, vol. V (dir. por Azzariti, Battaglini y Santoro Pasarelli), Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, Milán, 1959-1960, p. 508. A este orden de ideas, dentro de la doctrina tradicional, se adscribe el pensamiento de Jean Carbonnier, quien observa que el patrimonio es "virtualidad y poder de adquirir nuevos derechos" (*Droit Civil*, tomo III, p. 8).
26. *V.*, Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine...*, p. 5. *Cfr.*, también Carbonnier, Jean: *Op. cit.* p. 8.

Como la persona no puede desdoblarse, nadie puede ser titular sino de un patrimonio. El derecho francés, sostiene Ripert, no conoce la pluralidad de patrimonios y resulta inadmisible alegar que un comerciante pueda aislar un patrimonio mercantil, inmerso en su patrimonio civil, con un pasivo propio.[27]

En el caso de la sucesión hereditaria, el patrimonio del de *cuius* va a fundirse con el patrimonio del causahabiente, formando una sola masa. De este modo, al propio tiempo que el activo sucesoral apuntala las deudas contraídas por el causante, el activo del patrimonio del heredero responderá, también, de tales deudas, por efecto de la fusión de las dos masas patrimoniales. En síntesis, el heredero estará obligado *ultra vires successionis* (por sobre el activo de la herencia), generando graves implicaciones para el patrimonio del heredero si el activo de la herencia es inferior al pasivo.[28]

El ordenamiento jurídico venezolano (CC., arts. 996 y 1.036 especialmente; y en el mismo sentido, CC. italiano, art. 490; CC, francés, arts. 774 y 802) autoriza, no obstante, la aceptación de la herencia a *beneficio de inventario*, lo que entraña la separación de la masa hereditaria, del patrimonio del causahabiente. El heredero tiene, así, derecho a que se otorgue un tratamiento jurídico distinto a los dos patrimonios, no quedando obligado al pago de las deudas del causante sino *dentro de los límites del activo sucesoral* (en lo que respecta a la propia responsabilidad del heredero, *v.* art. 1.037, pár. 2 y 3 del Código Civil). La aceptación de la herencia a beneficio de inventario es obligatoria en los supuestos de herencias deferidas a menores, entredichos

---

27. Cit. por Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine...*, p. 5.
28. *Cfr.* Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil...*, I-1, p. 440. No así en el derecho brasileño: el patrimonio se traslada al heredero quedando automáticamente dividido. Los herederos responden *intra vires hereditatis*, dentro de los límites del activo sucesoral. Por ello, en el derecho brasileño, el patrimonio del *de cuius* no va a fundirse con el de los herederos hasta que éstos, una vez pagadas las deudas y partidos los bienes, incorporen a su patrimonio el recibido *mortis causa*. Situación similar se constata en el ordenamiento jurídico mexicano (CC. mexicano, artículo 1.284: "El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda"; artículo 1.678: "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese"). *V.* también, CC. Suizo, artículos 560, 602 y 610.

e inhabilitados –en este último caso, además, con el consentimiento del *curador* o, en su defecto, con autorización del Tribunal: (Código Civil, arts. 998 y 999. Para las hipótesis de herencias deferidas a establecimientos públicos, *véase* artículo 1.000 del Código Civil).

Por su parte, los acreedores del difunto, *siendo solvente el de cuius*, y para evitar la fusión patrimonial que se operaría con la aceptación pura y simple de la herencia por el causahabiente (lo que haría nugatorias sus pretensiones si éste fuere insolvente y sus acreedores quisieran cobrarse del acervo hereditario), pueden pedir la *separación de los patrimonios del de cuius y del heredero (beneficio de separación*: CC., art. 1.049 y 1.050, en particular). El derecho de separación no colide con la aceptación a beneficio de inventario (arg. art. 1.053 C.C.), y la separación puede ser impedida o hecha cesar por los herederos procediendo conforme al artículo 1.058 CC.

En síntesis, el principio de la igualdad patrimonial involucra:

a) *La igualdad absoluta entre los acreedores quirografarios*;

b) *La imposibilidad de limitar la prenda común*;[29]

c) *La libre elección*, por los acreedores, de los elementos del activo que satisfarán sus créditos.

c) *El patrimonio, no comprende sino los derechos pecuniarios.*

El patrimonio está exclusivamente integrado por relaciones cuyos términos objetivos son valorables en dinero, tanto desde el ángulo activo como desde el pasivo. Comprende –afirma Biondi[30]– no sólo los bienes y los derechos, sino también las situaciones y expectativas jurídicas y *la posesión*. Por oposición, y en la órbita exterior del patrimonio, se sitúan los derechos *extrapatrimoniales* (derechos de la familia, derechos de la personalidad, derechos políticos) y las llamadas *acciones de estado* para la defensa o modificación de la condición personal.[31]

29. Esta inadmisible limitación de la *prenda común* –o, con mayor exactitud, de la *responsabilidad patrimonial*– debe entenderse referida a un acto unilateral de voluntad del titular. En efecto, la doctrina admite, no sin reservas, las convenciones mediante las cuales un deudor y un acreedor específicamente señalados restringen a un bien o a un grupo de bienes las acciones que puedan derivar del incumplimiento del contrato que los vincula (*Cfr.* García Amigo, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1965, pp. 175 y 176.

30. Biondi, Biondo: *Los bienes*, pp. 178 y 179.

B) *Críticas a la teoría del patrimonio-personalidad.*

a) *Inconsistencia de la vinculación del patrimonio a la idea de personalidad*

La noción clásica vincula el patrimonio a la personalidad. La persona (física o jurídica), figura como elemento adhesivo del complejo de relaciones jurídicas integrantes del complejo patrimonial. En la práctica, esta noción representa un serio obstáculo para el tráfico jurídico normal, por las limitaciones que impone a la transferencia de los bienes inmersos en la hacienda mercantil.

Por lo demás, la misma tesis tradicional plantea un elenco de interrogantes: ¿por qué no admitir la existencia de una universalidad de bienes sin una persona?, ¿por qué sólo la voluntad tiene poder de cohesión para reunir los derechos y los débitos en un todo?, ¿cuál es el papel efectivo de la voluntad?[32]

La circunstancia de que las relaciones pecuniariamente valorables, integren un bloque, no se entiende cabalmente con la sola referencia a la voluntad del titular, sino especialmente en función de la afectación (destinación) común de los créditos, bienes y deudas a una determinada actividad trascendente desde el punto de vista económico-jurídico.

Esta idea de afectación debe ser mantenida a manera de explicación satisfactoria de la conexión entre elementos de contenido económico. Cuando los bienes, créditos y débitos están afectados al mismo fin, necesariamente se enlazan por un nexo creado en virtud del cumplimiento de éste.

31. Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine...*, p. 127. No es aceptable la identificación de las cosas que están en el patrimonio con las *res in commercium*, como tampoco la asimilación de las *res extra commercium* con los bienes que se hallan fuera del patrimonio. Si bien todas las cosas *extra commercium* están necesariamente fuera del ámbito del patrimonio, la proposición inversa no es cierta. Están en el comercio, pero fuera del patrimonio, las cosas de *nadie* y los *bienes abandonados* con el ánimo de renunciar a todo derecho sobre ellos. No están en la esfera externa del patrimonio las *cosas perdidas* (*infra*, Capítulo XIII, N.° 93) Trabucchi, Alberto: *Istituzioni...*, p. 379).

32. *Cfr.* Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, cit., I-1, p. 444, N.° 290.

La tesis tradicional tropieza con otro serio obstáculo: el de la vigencia –al menos parcial– de patrimonios que no tienen por sustentáculo una persona: caso típico es el de *herencia yacente*, cuya administración y conservación funciona especialmente a favor de los acreedores del *de cuius*, a través de un *curador* (Código Civil, arts. 1.060 y siguientes) y de la herencia repudiada (*v.* art. 1.017 CC., en lo que atañe a la aceptación por los acreedores en lugar del heredero).

b) *Intransmisibilidad e indivisibilidad del patrimonio*

La realidad normativa actual revela que el patrimonio es transmisible por *actos mortis causa*. Aun por *actos inter vivos* –y en el caso concreto del patrimonio hereditario–, la transmisión del patrimonio es concebible, por lo menos excepcionalmente (CC. venezolano, art. 1.556: "Quien vende una herencia sin especificar los objetos de que se compone no está obligado a garantizar sino su cualidad de heredero").[33] El adquirente de una herencia por la vía creada en el dispositivo técnico citado no deviene heredero, sólo por el mecanismo de la negociación.[34]

Por otra parte, la totalidad de los ordenamientos normativos recortados sobre la línea del Código Civil francés, regulan casos de *patrimonios separados* (*v. infra* N.° 4). La convergencia de los mismos en un solo titular, hace posible la escisión neta entre dos o más masas patrimoniales que responden a diversas disciplinas rectoras. Por ello la teoría clásica resulta contradictoria con el derecho positivo: "En vez de fundar su doctrina en el derecho positivo o de formular, al menos, directrices que puedan conciliarse con el derecho positivo, contribuyendo así a su interpretación, los autores clásicos edificaron su concepción al margen de los textos legales".[35]

c) *Limitación a los derechos pecuniarios*

La razón práctica que condujo a la teoría clásica a integrar en el patrimonio únicamente las *relaciones valorables en dinero*, aparentemente reside en la circunstancia de lo que los derechos no apreciables

33. *V.*, Cristóbal Montes, Angel: "Consideraciones generales sobre la venta de herencia", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N.° 5, p. 67.
34. Cicu, Antonio: *L'obbligazione*..., p. 20.
35. Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine*..., p. 19.

en dinero escapan de toda medida preventiva (cautelar), o de ejecución, con las cuales se persigue el aseguramiento o la satisfacción de los derechos de los acreedores del titular del patrimonio.

El aserto viene a ser, sin embargo, parcialmente válido. Si bien es cierto que los derechos de la personalidad y los derechos políticos escapan de toda posibilidad de valoración pecunaria y quedan al margen de las acciones de los acreedores, hay otra gama de derechos pecunarios y de bienes valorables en dinero que la ley coloca fuera del alcance de tales acciones. A manera de simple ilustración: a') los derechos alimentarios y los bienes no sujetos a ejecución enumerados en el artículo 1.929 del Código Civil; b') La Constitución nacional de 1999 (articulo 91), declara *inembargable el salario, excepto por débitos provenientes de obligaciones alimentarias.* Contrasta el dispositivo técnico con normas de la Ley Orgánica del Trabajo de 19 de junio de 1997 y que permitirían el siguiente esquema: 1. El *salario mínimo* no puede ser, en principio, objeto de embargo; 2. *Son inembargables también las sumas "correspondientes a las prestaciones e indemnizaciones y a cualesquiera otros créditos debidos a los trabajadores con ocasión de la relación de trabajo mientras no excedan de cincuenta salarios mínimos";* (artículo 163 de la LOT). Pero cuando sobrepasen este límite, las medidas de embargo son practicables dentro de cálculos porcentuales cifrados siempre, en referencia a los montos de los salarios mínimos que el texto normativo detalla; 3. *No obstante, "cuando la remuneración exceda del salario mínimo y no pase del doble del mismo" los embargos no gravarán "más de la quinta parte del exceso y cuando exceda del doble, la tercera parte"* (art.162, par. único de la LOT); 4. La Ley Orgánica autoriza la ejecución de medidas "procedentes de obligaciones de *carácter familiar*, y de las originadas por *préstamos* o con ocasión de *garantías*" otorgadas conforme a esa ley (artículo 164). Todo ello conduce a impartir un tratamiento distinto –en este ámbito– cuando se asuma la tarea de reforma de la legislación laboral. De momento, es indudable la aplicación del precepto de rango superior inserto en la Constitución de 1999, y no practica distingos en el marco de los salarios no expuestos a medidas de embargo; c') La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 28 de octubre de 1993, declara inembargables los depósitos en cuentas de ahorro de las personas naturales, hasta por el monto y forma garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, "salvo en los juicios de pensión de alimentos, o de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal de gananciales" (art. 23).

d) *Derecho de prenda común de los acreedores quirografarios*

El "derecho de prenda" general reconocido a favor de los acreedores quirografarios reposa, según la tesis tradicional, en la idea de *subrogación real*. Tal explicación resulta insuficiente y generaría errores de consideración si se la acepta radicalmente (entre otros, los bienes no subrogados escaparían de la prenda general). El ordenamiento jurídico demuestra, a pesar de ello, que muchos bienes (sometidos a las mismas consecuencias predicadas por la teoría clásica respecto de los subrogados) *no sustituyen a otros egresados del patrimonio*, como los adquiridos por el trabajo, por donación y por herencia.

Teoría objetiva; realista Brinz y Bekker

3. TEORÍA DEL PATRIMONIO-AFECTACIÓN

La tesis del patrimonio-afectación, aparece no propiamente como un derivado del conjunto de críticas a la teoría tradicional, sino como una concepción autónoma, cuyas bases radican en los ordenamientos del grupo germánico (BGB., Código Suizo de las Obligaciones). Generalmente se atribuye la paternidad de la teoría a Brinz y Bekker.

Conforme a los postulados de la teoría del patrimonio-afectación, la masa patrimonial *no se identifica con la idea de personalidad* ni comporta los caracteres de *inalienabilidad e indivisibilidad*.

El patrimonio se define, tomando en cuenta el destino que, en un momento determinado, tenga un núcleo de derechos, bienes u obligaciones con relación a un *fin jurídico*, gracias al cual se organizan en forma autónoma.[36] La fuente de cohesión del patrimonio se halla en el *fin común*, en virtud del cual se encuentran afectados sus diversos elementos, que permanecen unidos precisamente por esa afectación común.[37] Destacando la noción de patrimonio de la idea de personalidad, la teoría analiza el patrimonio en *forma objetiva*: es un conjunto de bienes y obligaciones que constituyen un todo jurídico, o como lo expresan Planiol y Picard, el patrimonio es una universalidad que reposa sobre la común destinación de sus elementos constitutivos, y más exactamente, un conjunto de bienes y de débitos que se encuentran *inseparablemente afectados a un fin* económico-jurídico y que, en tanto no se haga efectiva su liquidación no aparecerá en su *valor activo neto*.[38] De este modo, cada vez que encontremos un conjunto de derechos, de bienes y de obligaciones destinados a la realización de un *fin determinado*, sea de naturaleza jurídica o económica, tendremos un patrimonio.

36. Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano*, III, vol. I, p. 23.
37. Speth, Frédéric: *Op. cit.*, p. 21.

Los autores que sostienen que el patrimonio no forma una *universitas juris*, sino un conjunto de *derechos económicamente apreciables*, consideran, simultáneamente, que el patrimonio es tan sólo la suma del activo y que el pasivo no es más que cargas o detracciones del mismo.[39]

Así como un sujeto puede cumplir los más disímiles fines, de hecho existen, en el mismo, diversos patrimonios, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones. Este patrimonio puede transmitirse por *actos "inter vivos"*, en particular por efecto de los contratos. (El párrafo 419 del BGB, reconoce la posibilidad de una cesión contractual del patrimonio). Desde el punto de vista de la doctrina tradicional, tal cesión apenas tendría por objeto la transferencia del *contenido* del patrimonio "cristalizado en un momento determinado, en tanto que el continente, en potencia, continuaría subsistiendo".[40] De igual forma, el artículo 181 del Código Suizo de las Obligaciones preceptúa: "Aquel que adquiere un patrimonio o una empresa, con activo y pasivo, viene a ser responsable de las deudas hacia los acreedores, desde que la adquisición haya sido llevada a su conocimiento o haya sido publicada en los diarios. Sin embargo, el antiguo deudor queda solidariamente obligado durante dos años con el nuevo; este lapso corre, para los créditos exigibles, desde el aviso o la publicación, y para los otros, desde la fecha de su exigibilidad. Los efectos de una transmisión semejante del pasivo son los mismos que aquellos de la asunción de la deuda propiamente dicha".

El concepto del *patrimonio-afectación* –por oposición al de patrimonio-personalidad– no ha sido recogido por todos los ordenamientos positivos actualmente vigentes. Los que derivan del Derecho Romano

38. Rojina Villegas, Rafael: *Op. cit.*, p. 23.
39. Enneccerus, cit. por Diego Espín Cánovas: *Manual de Derecho Civil español*, vol. I, p. 212.
40. Speth, Frédéric: *Op. cit.*, p. 22.

ligan el patrimonio a la personalidad y sólo admiten figuras excepcionales de separación patrimonial. Pero en las legislaciones vinculadas al grupo germánico, y en el derecho inglés, la noción de patrimonio se desvincula de la noción de personalidad.

Conforme a la misma tesis objetiva es, asimismo, posible que una persona sea titular de más de un patrimonio (divisibilidad del patrimonio) y que un mismo patrimonio pertenezca solidariamente a varios sujetos (*supra* y artículo 181 CC. suizo de las obligaciones).[41]

Para que el patrimonio adquiera autonomía en función del vínculo jurídico-económico a que se destinan los bienes se requiere:

a) Que exista un *conjunto de bienes, derechos y obligaciones*;

b) Que este conjunto de bienes, derechos y obligaciones esté destinado a la realización de *un fin*;

c) Que el derecho organice con fisonomía propia y, por tanto con autonomía, todas las relaciones jurídicas (activas y pasivas) que vinculan a acreedores y deudores en función de la masa independiente de bienes, derechos y obligaciones.[42]

El patrimonio de afectación será siempre un valor económico en tanto se halla integrado por bienes, derechos y obligaciones *realmente*

41. En el derecho alemán un patrimonio puede tener por titulares a varias personas (patrimonio de comunión hereditaria). Cada sujeto, aun disponiendo de un patrimonio propio, integra con los demás un solo sujeto de un patrimonio que les pertenece en común. El patrimonio de comunión unitaria, como el patrimonio separado, existe sólo en los casos en que la ley lo autoriza: en la sociedad, en la comunidad matrimonial de bienes y en la comunidad hereditaria. No puede ser establecido por voluntad de los interesados y su administración tampoco es uniforme para la totalidad de las hipótesis. Esta administración es común en materia de comunidad hereditaria y de sociedad, aunque en esta última pueda ser modificada por obra de la convención. En la comunidad matrimonial la administración corresponde en principio al marido, exigiéndose el consentimiento de la mujer sólo para determinados actos. Cesada la comunión de bienes, la administración se confiere a ambos cónyuges conjuntamente. El encargado de la administración ejerce la representación de la comunidad, excepto en la comunión hereditaria en que todo coheredero puede ejercer los derechos correspondientes a la herencia. La separación entre el patrimonio de comunión hereditaria y los patrimonios singulares de los partícipes, está reglamentada. El patrimonio de comunión hereditaria tiene su propio pasivo (*v.*, Von Tuhr, Andreas: *Derecho Civil (Teoría general del Derecho Civil alemán)*, vol. II, pp. 427 y 428).

42. Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano*, II-1, p. 26.

existentes. El patrimonio no es, por tanto, una mera posibilidad de adquirir esos derechos y obligaciones.[43]

4. LOS PATRIMONIOS SEPARADOS

En el estado actual del ordenamiento jurídico venezolano, como en los sistemas recortados sobre el Código Civil francés, el patrimonio es *uno* para cada sujeto. Técnicamente considerado, el patrimonio comprende una diversidad de relaciones jurídicas, de contenido económico, apuntadas a un sujeto que les sirve de centro de gravitación.[44]

Los patrimonios separados se manifiestan, sin embargo, cuando dos o más masas singulares de bienes o de derechos pertenecientes a un solo sujeto, tienen existencia propia. La utilidad y la función práctica de la creación de patrimonios separados son:

a) La posibilidad de atribuir o de reservar ciertos bienes con un *determinado destino exclusivo*, de modo que queden desligados de cualquiera otra finalidad;

b) O bien, reservar a un *determinado grupo de acreedores* un conjunto de bienes sobre los cuales puedan satisfacer, con exclusión de otros acreedores.

Pero la separación patrimonial y el correlativo aislamiento de las relaciones integrantes del patrimonio separado, no eliminan el hecho de que éste pueda experimentar alteraciones más o menos sensibles por causas intrínsecas al mismo patrimonio.[45]

Un grupo de casos, algunos de los cuales se colocan todavía en plano discutible por lo que respecta a la calificación dentro de la categoría en estudio,[46] permitirá forjar una idea de los patrimonios separados en el sistema positivo venezolano:

43. *Ibídem*, p. 27.

44. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 262.

45. Messineo, Francesco: *Op. cit.*, p. 263. Tal sucede, como se constatará de inmediato, con el conjunto de bienes transferidos en *fideicomiso*.

46. *Cfr.* Kummerow, Gert: "La transformación del patrimonio en el Derecho Civil moderno (con especial referencia al derecho venezolano), en *Ponencias venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Upsala, agosto de 1966. Caracas, 1966.

A) *El hogar.* (*Infra*, Capítulo XVIII). El Código Civil venezolano (art. 632 y siguientes) autoriza la constitución de un hogar –para el constituyente y su familia– excluido del patrimonio global y de la acción de los acreedores. El hogar es inembargable e inalienable, en principio (art. 640 CC.), y produce todos sus efectos una vez cumplidas las formalidades preceptuadas para su formación.

B) *El patrimonio del fallido.* Declarada la quiebra de un comerciante, la masa activa de sus bienes queda afectada a la satisfacción de la masa de acreedores. Éstos, por medio del síndico, administrarán los bienes del fallido (v. Código de Comercio, arts. 939, 940, 942, 943, 951 y 952).

C) *El patrimonio de la comunidad conyugal.* Diverso de los bienes integrados en los patrimonios de los cónyuges y afectado por cargas distintas (CC. venezolano, arts. 151, 152, 156 y 164).[47]

D) *El patrimonio del ausente.* Determinado por una finalidad de orden jurídico, cual es la conservación de los bienes de una persona, que en un momento determinado no se sabe si existe ni dónde se encuentra. El ordenamiento normativo permite organizar el patrimonio de esta persona y designar un representante del mismo (CC. venezolano, arts. 419 y ss.).

E) *El patrimonio hereditario aceptado a beneficio de inventario* (v. CC. venezolano, arts. 996 y 1.036).

F) *El conjunto de los bienes transferidos en fideicomiso* y que constituyen el objeto de éste. Tales bienes –y los que sustituyan a éstos– están excluidos de la prenda común de los acreedores del fiduciario. El fiduciario –salvo disposición especial de la ley–, estará sólo obligado a cumplir con dichos bienes las obligaciones que derivan del fideicomiso o de su realización, y está facultado para oponerse a toda medida (preventiva o de ejecución) dictada a "solicitud de acreedores que procedan en virtud de créditos que no deriven del fideicomiso o de su realización".[48]

G) *El patrimonio familiar.* La Ley de Reforma Agraria de 5 de marzo de 1960 organiza una particularizada especie de patrimonio separado; el denominado "patrimonio familiar". Colocado por efecto de los dispositivos técnicos (arts. 102 y ss. de la Ley) fuera del poder de disposición del constituyente y del alcance de las acciones de los acreedores (preventivas o de ejecución), el patrimonio familiar puede ser constituido a solicitud del interesado por el Instituto Agrario Nacional, "cumpliéndose al respecto la formalidad de su inscripción por ante las respectivas Oficinas de Registro de la Propiedad Rural, Registro Público y Registro del Patrimonio Familiar" (art. 102). La disciplina excepcional creada respecto del patrimonio familiar –de modo relevante: la inalienabilidad, la indivisibilidad y su exclusión como objeto de gravámenes– soporta un serio recorte por interferencia de ciertos fines señalados en la propia Ley (utilidad colectiva, beneficio social o interés público y constitución voluntaria de cooperativas agrícolas aprobadas por el Instituto Agrario Nacional) y en virtud de la revocación o extinción de la adjudicación de la parcela, por los organismos a cuyo cargo están las tareas privativas de la reforma agraria. La desincorporación del patrimonio familiar sólo puede realizarse por los interesados después de transcurridos *cinco años* de su inscripción, justificando debidamente dicha desincorporación ante el Instituto y cumpliendo las formalidades establecidas en el encabezamiento del artículo 102.

47. No obstante, v., Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Op. cit.*, I-1, p. 446.
48. *V.*, Ley de Fideicomiso de 26 de julio de 1956, y Goldschmidt, Roberto: *El fideicomiso en los países de América Latina*, pp. 14 y 15.

Los artículos 103 y siguientes de la Ley contienen normas de actuación respecto al patrimonio familiar: naturaleza de las parcelas destinadas a la formación del patrimonio familiar, formas de explotación y política a cumplir por el Instituto Agrario Nacional para el fomento de asociaciones con fines de asistencia mutua, cooperación y representación administrativa, entre los titulares de patrimonios familiares (arts. 103, 104 y 105).

Los pequeños propietarios independientes, cuyas fincas se encuentren libres de todo gravamen y reúnan las características señaladas en el artículo 76 de la Ley, pueden acogerse a la institución del patrimonio familiar, mediante autorización otorgada por el Instituto Agrario Nacional. Concedida la declaración de constitución, los interesados deberán cumplir los demás requisitos legales. El Instituto procederá a dotar de tierras al aspirante que no reúna las condiciones establecidas en el artículo 76 (Ley de Reforma Agraria, art. 106).

En una tentativa de armonización de los dispositivos técnicos normativos de la actividad patrimonial, el profesor Frédéric Speth[49] ha tra-

49. Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine...*, pp. 119 y ss.

zado un cuadro de las normas que, a su juicio, se adaptan a los lineamientos de la doctrina tradicional y de aquellas que, en tal esquema, consagran excepciones notables. Expresa el autor que los artículos 2.092 y 2.093 del Código Civil belga (equivalentes, con ciertas variantes, a los artículos 1.863 y 1.864 del Código Civil venezolano), dan margen a dos principios ya conocidos:

a) Todos los bienes presentes y futuros de una persona constituyen la garantía (prenda) común de los acreedores;

b) Todos los acreedores se hallan, en principio, en pie de igualdad respecto del deudor común.

Sin embargo, las normas citadas no descartan la posibilidad de erigir un conjunto de *excepciones* que subsisten en la medida en que hayan sido legalmente reconocidas.[50] En otros términos, tales excepciones (patrimonios separados) resultarán aceptables y válidas siempre que una norma o un conjunto de normas expresamente autoricen su segregación de la "prenda común". Con este último se quiere excluir, como contrario al principio básico del artículo 1.863, la reserva, sólo por *voluntad unilateral*, de determinados bienes y excluirlos de la acción de los acreedores.

Los casos de excepción que constituyen los diversos tipos de patrimonios separados encajan perfectamente en el siguiente concepto: "Quien está obligado personalmente, está sujeto a cumplir sus compromisos con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, a menos que haya afectado una parte de esos bienes a la constitución de *patrimonios separados en los casos legalmente autorizados* [...] Cada patrimonio, reconocido en esta forma, constituye la prenda de los acreedores de esta universalidad. Ellos estarán en un plano de igualdad, a menos que existan *causas legítimas* de preferencia".[51]

Las ideas expuestas por Speth reducen el patrimonio a una noción *residual*. Los bienes del titular que no han sido afectados especialmente, integran el patrimonio residual, garantía general de los acreedores y

50. Sólo el ordenamiento jurídico, y *no los particulares*, disciplina y organiza los intereses que están sometidos a un régimen excepcional por conducto de la separación de patrimonios. Por ello, los patrimonios separados son creaciones inmediatas de la ley, en algunos casos, y –en otros– "de la voluntad de los particulares en el cuadro de una institución especial predispuesta por la ley" (Candián, Aurelio: *Op. cit.*, p. 219).

51. Speth, Frédéric: *La divisibilité du patromoine*..., p. 120.

atributo de la personalidad. Cualquier sujeto, aun desprovisto de bienes, o con todos sus bienes afectados, es titular de un patrimonio (residual y en potencia). Por otra parte, el patrimonio residual se confundirá con el patrimonio general cuando el titular no ha afectado bien alguno en concepto de *patrimonio separado. Es único e indivisible.*

5. CASO ESPECIAL DEL FONDO DE COMERCIO

El fondo de comercio no constituye en el derecho venezolano un caso de patrimonio separado. Lo contrario supondría el aislamiento de un conjunto de derechos, bienes y obligaciones destinados a la realización de un fin ordenado en forma especial, diverso del patrimonio global del titular.[52] Prevalece, sin embargo, desde otro ángulo, en la doctrina, la concepción para la cual el fondo de comercio es una especie singular de *universalidad de hecho*, una entidad distinta del conjunto de elementos que lo componen (mercancías, patentes, nombre comercial, mas no la clientela). El fondo reuniría, así, no sólo los bienes muebles corporales sino también, bienes inmateriales, escapando de esta manera de lo que tradicionalmente ha sido el concepto de *universitas facti*.[53] Subsisten justificadas reservas sobre el carácter definitivo de esta concepción, como puede apreciarse en el trabajo de Roberto Goldschmidt: *La reforma parcial del Código de Comercio de 1955*, p. 52.

En principio, por consiguiente, la enajenación del fondo de comercio no traslada (automáticamente) al adquirente los créditos que pudiera tener el enajenante contra terceros (salvo cesión expresa de los mismos), ni las deudas contraídas por el comerciante.

Por ello, la teoría clásica se vio forzada a admitir, luego de no escasas vacilaciones, que los acreedores del enajenante no podían dirigir sus acciones contra los elementos del fondo de comercio enajenado o contra el patrimonio del adquirente, salvo el caso de delegación expresa de las deudas. Tal circunstancia haría, en la práctica, nugatorias las pretensiones de los acreedores del enajenante, y justifica la incorporación de normas que, como los artículos 151 y 152 del Código de Comercio vigente, apuntan a la protección de éstos. De conformidad con el primero:

52. Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*, pp. 87 y 104.

53. *Cfr.* Goldschmidt, Roberto: *Curso*..., p. 106.

"La enajenación de un fondo de comercio perteneciente a firma que esté o no inscrita en el Registro Mercantil, o la de sus existencias, en totalidad o en lotes, de modo que haga cesar los negocios de su dueño, realizada a cualquier título por actos entre vivos, deberá ser publicada antes de la entrega del fondo, por tres veces, con intervalos de diez días, en un periódico del lugar donde funcione el fondo... y, en caso de que se trate de fondo de un valor superior a los diez mil bolívares, en un diario de los de mayor circulación de la capital de la República.

"Durante el lapso de las publicaciones [...] los acreedores del enajenante, aun los de plazo no vencido, pueden pedir el pago de sus créditos o el otorgamiento de garantías para el pago".

La norma siguiente establece la responsabilidad solidaria del enajenante y del adquirente en caso de consumarse la hipótesis contraria, esto es, la falta de publicación prevista en el artículo 151. La limitación de la responsabilidad del adquirente al valor del fondo o de las existencias que lo integran no ha sido aceptada unánimemente en Venezuela.[54]

Similar responsabilidad se consagra (segunda parte, artículo 152) para el adquirente frente a los acreedores del enajenante, cuyos créditos, reclamados durante las publicaciones, no hubieren sido pagados o garantizados, o respecto de los cuales no se haya llegado a ningún arreglo con el deudor.[55]

Ahora bien, este dispositivo técnico no proyecta sobre el fondo de comercio la estructura de un patrimonio de afectación. Establece, simplemente, una sanción aplicable a la hipótesis de la enajenación del fondo de comercio, sin que los acreedores hayan tenido conocimiento de la operación, por conducto del sistema de publicidad creado en el artículo 151, o sin que hayan podido asegurar la satisfacción oportuna de sus acreencias. Admitir la tesis opuesta, equivaldría a aceptar, colateralmente, que la transmisión del fondo de comercio –en todos los casos– provoca el traslado automático de las obligaciones contraídas por el enajenante, en un solo bloque, con los demás elementos constitutivos.

54. Goldschmidt, Roberto: *Curso...*, p. 88.
55. Goldschmidt, Roberto: *La reforma parcial del Código de Comercio de 1955*, p. 61.

6. EL PATRIMONIO AUTÓNOMO

Para un sector de la doctrina, el calificativo alude a "un patrimonio aparte y nuevo con un *propio sujeto colectivo*, o cuando menos, con finalidades propias, *en espera de reconocimiento* y sobre el cual inciden autónomos derechos y obligaciones".[56] Antes de la existencia de la persona a la cual se adscribirá el patrimonio, la autonomía sólo es *fáctica* en el sentido de que los bienes no dejan de pertenecer a los entes que los aportan. Rectamente entendida, la autonomía no se verifica cuando el patrimonio pertenece a un sujeto determinado sometido a un régimen especial como patrimonio de menores y entredichos, pero es concebible en las hipótesis en que aún falta o es incierto el sujeto (caso de la herencia yacente, de los bienes del ausente, de los bienes destinados a una fundación por constituir, pero de la cual se establecen las bases particulares). El sujeto sobrevendrá y la ley organiza la conservación y administración del patrimonio hasta entonces.[57]

7. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Las nociones manejadas anteriormente demuestran el equívoco a que conduce todo intento de construir una doctrina del patrimonio sobre la base de los artículos 1.863 y 1.864 del Código Civil. Tales dispositivos son –exactamente– la fundamentación de la *responsabilidad patrimonial*, es decir, de la sujeción a los efectos reactivos del ordenamiento jurídico contra la conducta adversa a la prescrita por un deber jurídico.[58] Dicho en otros términos, los artículos citados cumplen la misión de estatuir que los bienes –o más concretamente, el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales insertas en el activo patrimonial– del obligado se hallan expuestos al poder de agresión del sujeto pretensor, dada la hipótesis de una conducta del obligado, contraria al deber que gravita sobre sí.

El deudor, en consecuencia, responde con todos sus bienes cuando su actuación o su omisión constituyen el presupuesto de una sanción. En la esfera de la *responsabilidad contractual*, tal conducta se materializa en el incumplimiento de la prestación involucrada en la relación

56. Messineo, Francesco, cit. por Biondi: *Los bienes*, p. 186.
57. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 187.
58. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 123.

jurídica nacida del contrato. Ante esa eventualidad surge un "poder de agresión" del acreedor contra los bienes del obligado insertos en su patrimonio, el cual lo autoriza para obtener un pronunciamiento de los organismos jurisdiccionales competentes, encaminado a lograr la suma de dinero suficiente para resarcir el daño experimentado. En el área del hecho ilícito *extracontractual*, la conducta del autor material del daño permite dirigir contra él una sanción que se resuelve por lo regular, y en último término, en la ejecución de bienes suficientes del patrimonio para colmar las pretensiones del damnificado (resarcimiento del daño).

• La responsabilidad, por ello, está condicionada al incumplimiento de un deber a cargo del deudor. Para la doctrina tradicional, la responsabilidad es una verdadera obligación[59] que permite al acreedor agredir los bienes (patrimoniales) del deudor incumpliente si la ejecución voluntaria no se ha producido. El resarcimiento de los daños, mediante el pago de una suma dineraria, operará por vía de un pronunciamiento judicial (de condena) realizable sobre los bienes del deudor. Pero no únicamente sobre los bienes que existían para el momento en que nació el deber de prestar, sino, también, sobre aquellos que se hallen en el patrimonio al llevar a cabo la ejecución. De esta manera, la garantía jurídica representada por los elementos económicamente valorables se actualiza en virtud de las acciones conferidas al acreedor.

Son, o pueden ser, garantes: los bienes del autor directo del hecho fundante de la responsabilidad, o los de un tercero (como en el supuesto de la llamada "responsabilidad por el hecho ajeno").

La precedente exposición no significa que todos los bienes incorporados al patrimonio queden sometidos a las reglas típicas de la responsabilidad. El ordenamiento jurídico permite sustraer uno o varios bienes a las consecuencias apuntadas (los inembargables y los declarados, en general, fuera de la "prenda común" de los acreedores).[60]

Las observaciones vertidas en esta sección revelan la necesidad de imprimir un contenido menos distante de las exigencias técnicas a los actuales artículos 1.863 y 1.864, en una futura reforma del Código Civil (similar, tal vez, a la guía que suministran los arts. 2.740 y 2.741 del Código Civil italiano de 1942, o el art. 601 del Código Civil portugués de 1996, en vigencia a partir del 1.° de junio de 1967)

---

59. *Cfr.* García Amigo, Manuel: *Cláusulas limitativas...*, p. 71.
60. *Cfr.* Rubino Doménico: *La responsabilidad patrimoniale*, p.12.

BIBLIOGRAFÍA

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, tomo I, Unione tipográfico editrice torinse, Turín, 6.ª edición, 1962 (existe traducción castellana).

Barragán, Alfonso M.: *Derechos reales*, Edit. Temis. Bogotá, 1971.

Biondi, Biondo: *Los bienes*. Trad. de la segunda edición italiana por Antonio de la Esperanza Martínez Radio, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.

Candián, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado*. Trad. de Blanca P.L. de Caballero, Uteha, México, 1961.

Carbonnier, Jean: *Droit Civil.* Tomo III (Les biens). Presses Universitaires de France, 18.ª edición, 1988.

Catalá, Pierre: "La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne"; en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abril-junio de 1966, N.° 2, pp. 185 y ss.

Cicu, Antonio: *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1948.

Cristóbal Montes, Angel: "Consideraciones generales sobre la venta de la herencia", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N.° 5, año lectivo 1967-1968, pp. 59 y ss.

De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, tomo V, Etab. Emile Bruylant, Bruselas, 1941.

De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso De Direito Civil*, tomo VI. Liv. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957.

Egaña, Manuel Simón: *Bienes y Derechos Reales*, Edit. Criterio, Caracas, 1964.

García Amigo, Manuel: *Claúsulas limitativas de la responsabilidad contractual.* Edit. Tecnos, Madrid, 1965.

Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance*, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.

Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*. Cursos de Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964 (existe una segunda edición anotada por el Dr. Víctor Pulido Méndez).

______________: *El fideicomiso en los países de América Latina*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1961.

______________: *La reforma parcial del Código de Comercio de 1955*, Caracas, 1957.

Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* I-1. Traducción, Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* II. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Mevorach, M.N.: "Le patrimoine". En *Revue trimestrielle de Droit Civil, 1936*, pp. 261 y ss.

Pino, Augusto: *Il patrimonio separato.* Cedam, Padua, 1950.

Ripert, Georges: *Encyclopedie Dalloz.* Droit Civil, tomo III, p. 733.

Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil.* Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Rubino, Domenico: *La responsabilitá patrimoniale.* 2.ª edición. UTET, Turín, 1952.

Santoro Pasarelli, Francesco: *Dottrine generali del diritto civile.* 6.ª edición. Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1964 (existe traducción castellana).

Speth, Frédéric: *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne.* Edit. Desoer, Lieja, 1957.

Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile.* 14.ª edición. Cedam, Padua, 1964.

Vitucci, Elio: Voz "Patrimonio". En *Nuovo Digesto italiano*, IX, p. 557, N.º 1.

Von Tuhr, Andreas: *Derecho Civil (Teoría general del Derecho Civil alemán).* Vol. II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.

Capítulo II
El objeto de los derechos - los bienes

8. Delimitación del objeto de los derechos. 9. La noción de "bien" en función de "objeto de la relación jurídica". 10. Cosas y bienes. 11. Análisis del término "cosa". 12. Clasificaciones jurídicas de las cosas.

8. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LOS DERECHOS

Conforme a una doctrina constante, *sujeto de derecho y objeto* son, necesariamente, términos del concepto de *relación jurídica.*[1] Representando un poder referido al titular, el derecho subjetivo reclama, imprescindiblemente, un *objeto.*[2] Es posible concebir, y temporalmente, un *objeto sin sujeto* (herencia yacente, por ejemplo), o cuando menos, sin sujeto determinado eventualmente, pero susceptible de individualización posterior; como es factible concebir, también, una relación jurídica cuyo objeto sean cosas no existentes en la actualidad, pero que pueden existir (venta de la cosa futura, no de la sucesión aún no abierta, por ser en este caso la negociación carente de validez por contraria al orden público: CC., art. 1.156, segunda parte).

La determinación de la noción de "objeto de los derechos" por exclusión no cumple una función científica relevante. Casi siempre, en efecto, este proceso discursivo desemboca en el hallazgo de la noción de *cosa* que es, apenas, un sector del "objeto" (así lo contempla el pa-

1. Santoro Pasarelli, Francesco: *Dottrine generali del Diritto Civile*, p. 55.
2. *Cfr.* De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de direito civil*, I, p. 353, N.º 201; Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 36.

rágrafo 285 del Código Civil austríaco: "Todo aquello que no es persona y sirve al uso del hombre, en sentido jurídico, se denomina *cosa*").

La heterogeneidad de los posibles objetos de los derechos dificulta, de igual modo, la formulación de una teoría general del *objeto*, lo que presiona decisivamente a la doctrina a la agrupación de las notas más resaltantes, con la finalidad de construir definiciones meramente tentativas.[3]

Al concepto de objeto suele contraponerse el de *contenido*, representado siempre por la actividad, por el comportamiento, que en el seno de la relación jurídica está dirigido a la satisfacción del interés del sujeto sobre el objeto (tal es la prestación en la relación obligacional).[4] A pesar de una identidad sustancial del objeto, en un conjunto de relaciones jurídicas, el contenido puede resultar diverso. De tal forma, el mismo fundo propiedad de "A", puede ser usufructuado por "B", quien, en virtud del derecho ejercitado, puede arrendarlo a "C". Las tres figuras divergen en orden al *contenido*: el propietario puede disponer libremente del fundo (correlativamente al deber de abstención de quienes no ostentan similar derecho); el usufructuario obtiene los frutos y goza del inmueble, en general, según su destinación; el arrendatario se halla vinculado –con toda la gama de obligaciones consecuenciales al arrendador aun cuando goza del inmueble.[5]

A) *Definición*

Según Doménico Barbero, objeto de la relación jurídica "es la entidad –material o inmaterial– sobre la cual recae el interés implicado en la relación y constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica".[6] El objeto resultaría, de este modo, tutelado en orden a un interés propio. Tal interés lo suscita una *entidad distinta del mismo sujeto*, la

3. Acerca de las dudas sobre una construcción de la teoría general del objeto de los derechos, equiparables a una teoría general sobre el sujeto, *v.*, Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 37.
4. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 215.
5. El contenido de la relación de propiedad y de usufructo es un agere licet, al cual corresponde un deber jurídico de abstención a cargo de todos cuantos no sean propietarios ni usufructuarios del bien; el contenido de la relación obligacional, puramente personal, es la expectativa tutelada a la que corresponde el *deber de prestación* del deudor específicamente designado.
6. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato*..., I, p. 215. El interés jurídicamente tutelado sería el interés que posee valor en el sentido más amplio. Objeto del derecho es algún bien que puede ser elevado a la categoría de soporte fáctico de una disposición normativa.

cual puede ser una *cosa* (un fundo, una joya, un crédito), o el *resultado de una idea* (procedimiento científico, fórmula industrial, creación intelectual), o *una persona* (el hijo, el cónyuge), o la *utilidad* proveniente de un servicio.[7]

B) *Elenco de "objetos"*

Con arreglo a la vía trazada, objeto de los derechos (o de la relación jurídica) pueden serlo:

a) Las *cosas corporales o incorporales*, patrimoniales o no, presentes o futuras.[8]

b) *El comportamiento humano*, positivo o negativo, activo u omisivo. El objeto de la obligación es la prestación, el comportamiento activo o pasivo del deudor.[9]

c) Las *personas* en razón de los poderes que –dadas las relaciones creadas por el sistema normativo como las relaciones familiares– ejercen sobre ellas otras personas.[10]

9. LA NOCIÓN DE "BIEN" EN FUNCIÓN DE "OBJETO DE LA RELACIÓN JURÍDICA" [11]

Como se desprende del anterior orden de ideas, el objeto de la relación jurídica no comprende una entidad única. Las *cosas* aparecen, así, como

7. De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso*..., I, pp. 353 y 354.
8. En los derechos reales es fácil la identificación del objeto; éste es "la cosa sobre la que se ejercita el poder; por lo tanto, objeto es la cosa en propiedad, en usufructo, el fundo gravado con la servidumbre" (Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 37).
9. *Cfr.* Biondi, Biondo: *Los bienes*, pp. 37 y 38.
10. "Objeto de los derechos –por consiguiente– puede ser la *propia persona* en ciertas manifestaciones (derechos de la personalidad), los actos aislados de otras personas (derechos de obligación), e incluso las *personas ajenas* en ciertos aspectos de su vida (derecho de familia) y las cosas del mundo exterior (derechos reales)". (Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, I, p. 200, y De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso*..., I, p. 353, N.° 201). Con relación a la *persona* como objeto de los derechos, *v.*, Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 39, y Legaz y Lacambra, Luis: *Introducción a la ciencia del derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1943, p. 543: "La persona puede ser objeto de derecho, pero no en el sentido de cosa, sino desde el punto de vista de que constituye algo que está fuera del sujeto cuyo interés es tutelado".
11. Barbero, Doménico: *Sistema*..., I, p. 216.

un sector singularizado apenas, del *objeto*. Ello no significa, sin embargo, que todas las cosas de la naturaleza constituyan objetos de relaciones jurídicas. La luz del sol, el aire libre, escapan de esta calificación porque no pueden ser apropiados en medida superior a las necesidades actuales de los sujetos.

La característica del bien, en función de objeto, está en ser *economizable* y *limitado* en referencia a las necesidades. Bajo este aspecto, pueden llegar a constituir objetos de derechos aquellos bienes que no lo son en su estado natural (aire atmosférico, por ejemplo) cuando son reducidos en forma tal que se los localice en medida limitada (gas en estado líquido, oxígeno en bombonas, etc.).

10. COSAS Y BIENES

Tradicionalmente se han venido manejando en el mismo plano los conceptos de cosas y bienes, pese a que no han faltado intentos de atribuir carácter jurídico a los *bienes* para negárselo, lateralmente, a las cosas.

Para De Page, la palabra "bien" evoca, en su acepción común, la imagen de las cosas del *mundo exterior* en virtud de las cuales el hombre despliega su actividad. En el estado actual del desarrollo humano, todo cuando existe, excepto la *persona física*, es "bien".[12]

Desde el ángulo del Derecho Positivo, las divergencias entre cosas y bienes no son apreciables. Doctrinariamente, por contraste, con ambos términos se alude a una diversidad de aspectos: *cosa* apunta de este modo, a entidades *objetivas*, separadas e independientes del sujeto; *bien* alude a la idea de interés, de ventaja, en razón directa e inmediata a un sujeto. La escisión, a pesar de ello, es más bien aparente, como lo demuestra el hecho de que, a los fines jurídicos, la noción de cosa coincide con la noción de bien cuando a la primera se vincula una ventaja o un interés.

La separación –no lograda ni siquiera por vía legislativa en los Códigos de factura moderna– apenas tiene un valor técnico. Nada veda, por ello, la sustitución, en el vocabulario científico, del término "cosa" por "bien"; así como por otra parte, nada impide reservar, en el área de la doctrina, el vocablo "cosa" para una determinada categoría de bie-

12. De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, tomo V, p. 525.

Mauricio J. Cravioto

nes (las entidades *corporales*, por ejemplo), relegando el término "bien" a la designación de otras (las entidades *inmateriales*).

Algunos autores, por último, perciben entre las cosas y los bienes la misma correlación que existe entre la especie y el género. Todas las cosas serían, según esta dirección, "*bienes*", mas no todos los bienes podrían agruparse en el círculo de las cosas. *Cosa* es todo cuanto existe en la naturaleza (excepto la persona humana), aun cuando se trate de un objeto material ajeno a la idea de apropiación. Los *bienes* son las entidades que proporcionan al hombre alguna *utilidad* y son susceptibles de apropiación, actual o virtual.[13]

En el estado actual de la teoría del derecho positivo, el concepto de *cosa* se ensancha notablemente. Deja de tener un significado meramente físico para subsumir entidades inmateriales comprensibles sólo intelectualmente (creaciones científicas, derechos, etc.),[14] por más que algunos de los elementos agregados a este rubro no revisten la naturaleza de "cosas" para alguna parcialidad.

11. ANÁLISIS DEL TÉRMINO "COSA"

Los caracteres fundamentales del término examinado, admiten un resumen adecuado al elenco de notas distintivas elaboradas por Ferrara y complementadas por Biondi:[15]

A) *Capacidad para satisfacer intereses económicos*. Aun cuando esta característica se expande considerablemente al sustituirla por la de "aptitud para satisfacer las necesidades del hombre que vive en sociedad",[16] quedarían agregados los elementos incorporales que revelan un interés de esa dimensión (el nombre comercial, el crédito).[17]

13. Tal es la orientación adoptada por Bonnecase, citado por Pascual Martín Pérez: *Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales*, p. 154.
14. *Cfr.* De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso...*, I, p. 354, N.° 202. En la doctrina venezolana, y para la separación de los conceptos, *ver* las importantes apreciaciones de José Luis Aguilar Gorrondona, en su obra *Cosas, bienes y derechos reales*, pp. 11 y ss.
15. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 27.
16. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 29, y Santoro Pasarelli, Francesco: *Doctrine generali*, pp. 55 y ss.
17. Se ha debatido sobre el carácter de "cosa" adjudicable al *trabajo humano*. En el dominio del derecho laboral priva, sin embargo, el criterio adverso.

B) *Gestión económica autónoma.* Las cosas han de estar dotadas de autonomía económica, integrando una entidad distinta del sujeto. Tratándose de cosas *materiales* (corporales), la individualidad del bien se logra por su delimitación espacial. No serían cosas las partes constitutivas de un todo, ni el cuerpo humano, pero sí las partes separadas de éste (brazos, ojos).

C) *Sujeción jurídica al titular.* "La noción jurídica de cosa es independiente de la de actual pertenencia o sujeción; lo que se requiere es la *posibilidad jurídica de sujeción* o de pertenencia por cualquier título".[18] No son cosas –en el plano jurídico– el sol, el aire, las nubes[19]

D) *Exterioridad (extrañeza) al sujeto.* La característica sólo es exacta si se la contrapone al hombre como sujeto de derechos en la relación jurídica. Cosa se opone a persona, como objeto a sujeto. De este carácter se desprende la *impersonalidad* de la cosa. Un brazo, una mano, los ojos, no son "persona", pero tampoco "bienes", porque si en realidad son materiales, estando unidos al hombre existen bajo su personalidad. Vienen a ser cosas cuando son separados del hombre, adquiriendo individualidad propia o impersonal. El mismo cuerpo humano, al dejar de existir la persona física, llega a ser una cosa *extra commercium* a la que el ordenamiento positivo reserva una reglamentación no conferida a las cosas comunes.[20]

E) *Individualidad del mundo exterior.* La individualización (al menos nominal) funciona como elemento descriptivo de las cosas y puede lograrse por su situación, categoría, cantidad, signos particulares, función económica, etc.[21]

F) *No se requiere la actualidad de la cosa.* Los bienes futuros jurídicamente son cosas.[22]

G) Pero se requiere el aislamiento, al menos imaginable, de modo que pueda delimitarse la *propia esfera jurídica de la cosa* de las demás entidades que se integran a la naturaleza. Las cosas que se hallan en forma abundante y a disposición de todos indistintamente, no son susceptibles de delimitación en la esfera jurídica del sujeto.[23]

18. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 28.
19. Espín Cánovas, Diego: *Manual...*, II, p. 201, y De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso...*, I, pp. 355 y 356.
20. *V.* al respecto, Kummerow, Gert: "Aspectos relativos a la propiedad del cadáver", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Central de Venezuela, N.° 11, pp. 227 a 244.
21. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 28.
22. *Ibíd.*, p. 28.

12. CLASIFICACIONES JURÍDICAS DE LAS COSAS

La mayor parte de las clasificaciones elaboradas por la doctrina radican en las *cualidades* de las cosas. La composición física de los bienes, en efecto, tiene apenas un valor relativo que repercute escasamente en esta tarea ordenadora.[24]

I. *Según sus cualidades físicas y jurídicas*

A) *Cosas corporales y cosas incorporales (materiales e inmateriales, corpóreas e incorpóreas)*

El criterio diferencial de estos grupos reside en la tangibilidad de los bienes, aunque no se atribuya a este vocablo un valor absoluto. En la antigüedad se entendía por bien incorporal no sólo los valores abstractos, sino todos los derechos que se pudieran tener sobre una cosa cualquiera, con excepción del *derecho de propiedad.* Gayo distinguió las cosas que no caen bajo el sentido del tacto: cosas incorporales (*quae tangit non possunt*): la herencia, el usufructo, las obligaciones, el derecho de servidumbre y de las cosas que caen bajo el dominio de los sentidos (*quae tangit possunt*). El aspecto de la *apropiabilidad* confería al derecho de propiedad una ubicación peculiar. Según Gayo, la cosa y el derecho de propiedad del que forma el objeto no constituyen sino una sola entidad. Si la cosa es corporal, el derecho de propiedad, confundido con ella, es también *corporal.*

En la doctrina actual son *corporales* las cosas perceptibles por los sentidos (no sólo por el tacto),[25] o por medio de instrumentos idóneos. En consecuencia, son corporales: un edificio, un animal, el gas, las

23. *Ibíd.*, p. 30.
24. Sobre todo alcanza relieve en el ordenamiento fiscal. *Cfr.* Biondi, Biondo: *Los bienes*, pp. 42 y 43.
25. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*, 1-2, p. 408, y Candián, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado*, p. 232.

energías eléctrica y térmica, el vapor, las energías fonética y óptica.[26] Las cosas corporales, revestidas de entidad material, son determinables o mensurables espacialmente.[27]

La materialidad de estos bienes resulta un concepto escindible del de *individualización material*, que puede verificarse materialmente por determinación de la cosa en el espacio (dimensiones, forma, volumen), o idealmente (horario de suministro de energía eléctrica o de gas), o por mediación de instrumentos físicos o mecánicos.[28]

Son *incorporales* las cosas que tienen una *entidad intelectual*, o de otra forma expresado, las que son *intelectualmente perceptibles*: la

26. Torrente, Andrea: *Manuale di Diritto Privato*, p. 82; Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, II, p. 285; Albaladejo García, Manual: *Instituciones de Derecho Civil*, I, p. 301; Graziani, Alessandro: Voz "elettricità", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI. (La naturaleza jurídica de la electricidad adquiere importancia en la calificación del contrato de suministro de energía eléctrica: prestación de cosa o prestación de servicio. El Código Penal italiano de 1931 tipifica como *hurto* la utilización abusiva de esta energía –art. 624– y el artículo 814 del Código Civil de 1942 intercala entre las *cosas muebles* las energías naturales que tienen valor económico. Pese a la ausencia del requisito de la *corporeidad* de la energía eléctrica, de su irreivindicabilidad por parte de quien ostenta su goce y de la imposibilidad de constituir sobre ella derechos reales *fraccionarios* como la prenda y el usufructo, ello no conduce a afirmar que la energía eléctrica no constituya objeto de ciertos derechos reales. Graziani: *Op. cit.*, pp. 464 y ss.). En ciertas parcelas de la doctrina tradicional se rehusa conceder el rango de cosas a las energías naturales. En el BGB., tal carácter les es negado por el concepto limitado de cosas recogido en el texto positivo: careciendo de naturaleza corporal, las energías no pueden ingresar en la esfera de las cosas (Enneccerus). Conforme al planteamiento de Castán Tobeñas (*Cfr.*, en el mismo sentido, Ferrara), no serían cosas las *energías naturales difusas* o consideradas en su totalidad (la lluvia, la nieve, la luz), ni una categoría general de energías: pero son cosas las *fuerzas apropiables* por partes, aisladas o apresables por medio de aparatos o instrumentos capaces de medirlas y suministrarlas (*Derecho Civil español...*, I-2, pp. 405 y 406). Dentro de otra concepción, les es negada a los fluidos la categoría de *muebles*. Por su consistencia, el fluido no resultaría reductible a la clasificación de inmuebles o de muebles por naturaleza (en contra y por la catalogación –correcta– dentro de los *muebles corporales*: Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, II, p. 285, y Egaña, Manuel Simón: *Bienes y derechos reales*, p. 71).
27. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 45.
28. *Ibid.*, p. 45.

creación del ingenio (obra literaria, artística y científica), el nombre comercial, la marca comercial, las invenciones industriales.[29]

Discutible resulta en la actualidad la colocación de los derechos dentro de los bienes (inmateriales).[30] Por una parte, se afirma, los derechos no son sino *poderes* sobre otras entidades;[31] por la otra, los derechos y las cosas son categorías que no tienen puntos comunes.[32] Mientras que el régimen de las cosas corporales es sensiblemente uniforme –salvo la distinción entre muebles e inmuebles–, el régimen de las cosas *incorporales* es *variado*.

El cúmulo de razonamientos esbozados por la teoría actual, propugna una solución de *iure condendo*. El derecho positivo, por el contrario, obliga a adoptar una postura favorable a la inclusión de los derechos dentro de la categoría de los bienes. Los artículos 530 (inmuebles por el objeto a que se refieren) y 533 (muebles por el objeto a que se refieren o por determinación de la ley) del Código Civil venezolano –y sus equivalentes en otros Códigos–, sitúan, dentro de las cosas, entidades intelectualmente perceptibles (derechos y acciones) que son agrupadas en el rango de los bienes inmuebles o de los bienes muebles. Puesto que estos son cosas, por disposición del artículo 525 CC., es preciso concluir que los derechos son *cosas*.

29. Es una "entidad *ideal, impersonal*, que tiene razón de ser por el sujeto" (Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 227), concebible sólo abstractamente (Torrente, Andrea: *Manuale di Diritto Privato*, p. 82). *V.* también Egaña, Manuel Simón: *Bienes y Derechos Reales*, p. 71. Interesan a nuestro estudio únicamente los llamados "bienes inmateriales patrimoniales", susceptibles de constituir términos objetivos, pecuniariamente valorables, en las relaciones jurídicas. Dejamos de lado los denominados *bienes inmateriales personales* (la libertad, la vida, el honor), que no se conciben sino vinculados a una persona. El régimen jurídico-positivo de los derechos de autor y de la "propiedad industrial" es estudiado someramente en el Capítulo consagrado a la propiedad, con la advertencia que allí se consigna (*infra*, Capítulo VIII, N.° 53). La cosa tangible en que se materializa la idea, la creación (el libro, el disco, la cinta magnetofónica), es diversa del bien inmaterial sobre el cual existen derechos patrimoniales o no patrimoniales. La cosa material en que se plasma el producto del ingenio del autor es separable de éste y puede pertenecerle o ser de otra persona, sin que ello conlleve enejenación del derecho subjetivo.[30]
30. Messineo, Francesco: *Op. cit.*, II, p. 287.
31. Albaladejo García, Manuel: *Instituciones...*, I, p. 301.
32. Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil* (Los bienes), p. 28, N.° 2.176.

a) *La cuestión de los "derechos sobre derechos"*.

Estrechamente ligado a esta problemática se desplaza el tema de los *derechos sobre derechos*, uno de los más debatidos en el campo teórico, y de insospechables aplicaciones jurídicas. Las actitudes asumidas para negar la existencia de derechos sobre derechos admiten la siguiente formulación sinóptica:

a') El derecho entendido como *poder* o *facultad* no puede constituir el término objetivo de otro derecho (poder o facultad); desde luego que no tiene sentido referirse a un poder sobre otro poder;

b') El objeto de los derechos es un punto de incidencia de la tutela jurídica. La relación protegida, lógicamente, es inconvertible en objeto de otra relación, ya que sería absurda la imagen de una tutela sobre otra tutela.[33]

c') Las expresiones "hipoteca de usufructo", "usufructo de créditos", "propiedad de usufructo", y otras similares, pese a su empleo en el plano legislativo o en el lenguaje corriente, y que sugieren la idea de un derecho sobre otro derecho, tienen un significado muy reducido. El objeto verdadero de la hipoteca sobre usufructo, dentro del ámbito de la relación negocial, es la cosa y no el derecho. La garantía constituida versa sobre un *valor* que se atribuye a la cosa como objeto de usufructo. Es este valor el que, en definitiva, resulta gravado. La expresión "usufructo del crédito" alude al goce del bien, ya objeto del crédito, limitadamente a las ventajas que suministra el crédito.[34]

Las direcciones contrarias a las anotadas se fundan en la esencia misma de la relación fundamental en el proceso de constitución del derecho. Existiendo derechos con un contenido patrimonial específico, susceptibles de goce, los mismos pueden ser objeto de otros derechos, no ofreciendo –entonces– ninguna dificultad la admisión de un derecho sobre otro "derecho"; derechos reales de garantía sobre créditos, por ejemplo. Por una progresiva espiritualización de la noción de *cosa*, el concepto ha llegado a coincidir con la idea de utilidad que puede servir de sustentáculo objetivo de una relación jurídica. Sólo el marginamiento estricto operado en el campo de los derechos reales que

33. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 231.
34. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 232.

los conciba en todos los casos como *poder sobre una cosa corporal*, tornaría absurda la expresión "derecho sobre derecho" y validaría la crítica para la cual un poder (derecho subjetivo) no puede aceptarse como objeto de otro poder.

Las mismas instituciones reguladas normativamente, proporcionan argumentos aprovechables para la construcción del instituto: la prenda sobre créditos (CC., artículo 1.846), la hipoteca del usufructo sobre bienes inmuebles y sus accesorios (CC., artículo 1.881, ordinal 2), constituyen fórmulas manifiestas de derechos sobre otros derechos.

Pero la doctrina tradicional se muestra aún refractaria a la recepción del derecho de "propiedad" sobre otros derechos, en particular sobre los derechos de crédito. El vocablo "propiedad de un crédito" se traduce, para esta tendencia, como "*relación de pertenencia* de un crédito a un sujeto",[35] o más exactamente, como titularidad sobre el crédito. Otra es la postura a observar respecto de la materialización de un crédito en un título (título-valor): el título de crédito, como documento, puede constituir objeto de la propiedad y de los derechos reales en general.

b) *Los títulos-valores*

Constituye el objeto de esta sección una materia específicamente circunscrita al Derecho Mercantil, y su verdadera ubicación debe situarse en el Derecho de Obligaciones.[36] Su estudio, por tanto, responde en este apartado al propósito de contraponer las facetas estructurales de los títulos-valores con motivo de la clasificación de las cosas.

La doctrina suele utilizar para designarlos las denominaciones de *títulos de crédito*[37] y *documentos de crédito*. Comprenden todos aquellos instrumentos especiales que llevan incorporado un determinado derecho patrimonial (letras de cambio, pagarés, cheques).

Una definición de Vivante, admitida en la doctrina y la jurisprudencia italiana, conceptúa como título de crédito "el documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo en él incorporado".[38]

35. Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado*, p. 214.
36. Ascarelli, Tullio: *Introducción al Derecho Comercial*, p. 98.
37. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 444; Messineo, Francesco: *Manual...*, VI, p. 225.
38. Ascarelli, Tullio: *Teoría general de los títulos de crédito*, Traducción de René Cacheaux Sanabria. Edit. Jus, México, 1947. Se estima muy amplia la definición de la doctrina

La reglamentación especial a que se hallan sometidos los títulos-valores, responde esencialmente a la celeridad y seguridad ínsitas a las operaciones mercantiles.

El título-valor contiene una "promesa unilateral" del deudor de efectuar una *prestación*; es decir, encierra la asunción de una obligación hecha por medio de *negocio jurídico unilateral* (no-recepticio) y, sin embargo, "vinculante e irrevocable".[39]

El documento (cosa corporal), escrito y firmado por el deudor, prueba la existencia del crédito (bien inmaterial) transferido al acreedor. Al mismo se aplican los principios rectores de las cosas corporales, en especial los que se contraen a la circulación de las cosas muebles. Al respecto, la posesión de buena fe por quien aparece como legítimo poseedor, se considera definitiva y válida, aun cuando el derecho "escrito en el documento no le pertenezca o le pertenezca en medida más limitada de aquella que resulta en el documento".[40] Los títulos de crédito (títulos-valores), por otra parte, constituyen documentos *formales* por estar sometidos a requisitos de forma que aseguran el derecho incorporado. La ausencia de tales requisitos condiciona la nulidad del título, o cuando menos, del título de crédito de la especie de que se trate (letra de cambio o cheque).[41]

En el plano jurídico-económico, los títulos-valores cumplen una triple misión:

a') Facilitan la circulación de los derechos al reducir al mínimo las condiciones de transmisión del documento;

b') Aseguran la adquisición de esos derechos, ya que –en la esfera de los títulos al portador– basta con que el adquirente sea de buena fe (Código de Comercio, art. 130).

c') Facilitan el ejercicio del derecho en referencia, en cuanto sólo se exige la demostración de ser el poseedor del documento.[42]

---

suizo-alemana, según la cual los títulos-valores son "documentos en que un derecho está incorporado de tal manera que es imposible ejercerlo o transmitirlo independientemente de los mismos" (Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*, p. 166).

39. Messineo, Francesco: *Manual...*, VI, p. 227. De tal promesa deriva un deber a cargo del promitente y un derecho del acreedor.

40. Salandra, Vittorio: *Curso de Derecho Mercantil*, p. 116.

41. Ascarelli, Tullio: *Teoría general...*, p. 31.

42. Salandra, Vittorio: *Curso...*, p. 31.

Pacíficamente se admite que los trazos característicos de los títulos valores son:

a") *Literalidad*. El derecho se presume tal y como resulta del tenor del documento, tanto por lo que atañe al contenido como por lo que se refiere al título y a sus modalidades, cualesquiera sean sus especies (a la orden, al portador, nominativos, abstractos, causales). Pero desde el ángulo técnico, ello es sólo relativamente cierto. En algunos casos, el título remite a otro documento cuyo conocimiento es decisivo para valorar el contenido de aquél (así en las acciones de una Compañía Anónima con relación al acta constitutiva de la entidad o a sus estatutos).

b") *Autonomía*. El crédito consignado en el documento puede ser realizado por el adquirente (actual) con entera independencia de las relaciones que hubieren podido mediar entre los precedentes poseedores y el deudor, y libre, por consiguiente, de las excepciones que puedan existir entre los anteriores portadotes del título.[43]

c") *Incorporación*. En cuanto es permanente la unión del derecho al documento.[44]

Los rasgos característicos de los títulos de crédito, esencialmente sintetizados de este modo, encuadran en la siguiente exposición de Messineo.[45]

A) Existe una íntima compenetración del derecho y el documento, de tal manera que forman un solo cuerpo. Decir, con este material, que el título de crédito es un *documento constitutivo*, no debe llevar el aserto hasta el campo de la división en títulos declarativos (las acciones de las sociedades) y constitutivos (la letra de cambio).[46]

---

43. Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*, pp. 167 y 168.

44. *Cfr.* Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 445. "Incorporación significaría dentro de la concepción suizo-alemana la vinculación de un derecho con un papel en el sentido de que aquél no puede ser transferido sin el papel. En ciertos casos, la incorporación tiene tal intensidad que para la transferencia se prescinde totalmente de las reglas relativas a al cesión de créditos y de otros derechos y que se transfiere el papel y con él el derecho incorporado como una cosa mueble, lo que significa que puede ser adquirido, incluso, del *non domino*" (Goldschmidt, Roberto: *Curso...*, p. 166).

45. Messineo, Francesco: *Manual...*, VI, pp. 232 y ss.

46. *Véase* esta división, entre otros, en Goldschmidt, Roberto: *Curso...*, p. 174.

De ello deriva:

a) Que la adquisición del derecho nacido del documento, opera, por regla general, *a través del derecho sobre el documento*;

b) Que la transmisión del documento provoca la transferencia del derecho indefectiblemente incorporado;

c) Que, por regla general, sin la presentación del documento no puede obtenerse el cumplimiento de la prestación;

d) Que la destrucción del documento produce la pérdida del derecho cartular;

e) Que la prenda, o las medidas cautelares dictadas sobre el crédito, no tienen efecto *si no afectan, también, al título*.

B) *El derecho de crédito se atribuye al poseedor del título*. La posesión ejercida sobre el título comporta, correlativamente, la posibilidad de hacer valer el derecho de crédito.

C) En virtud del vínculo entre el derecho de crédito (incorporado) y el título, "se suele hablar de *crédito cartular* [...] y, respectivamente, de *obligación cartular* en contraposición al crédito no-cartular y a la obligación no-cartular, que se contiene en el llamado *quirógrafo* de crédito (documento esencialmente probatorio [...]), donde el crédito es totalmente separado e independiente del documento, y donde, por el contrario, el derecho sobre el documento depende de la suerte del derecho en él mencionado".[47]

D) La incorporación tiene por efecto la *objetivación* del derecho de crédito, con lo cual el documento adquiere un rango preeminente sobre el crédito, al menos en ciertos aspectos. Tal circunstancia hace resaltar en el título de crédito un *elemento real* que se manifiesta en la creación del título, en su emisión, en su circulación, en orden a la legitimación y a los fines del cumplimiento.

E) El título de crédito parte de los documentos llamados dispositivos en cuanto encierra una *declaración de voluntad* (y no de ciencia, como los simples documentos probatorios). Tal declaración de voluntad es *formal*, por lo que carece de validez *si se la expresa fuera del documento*. No quiere decir el anterior aserto que el título de crédito

47. Messineo, Francesco: *Manual...*, VI, pp. 232 y 233.

sea extraño a la función probatoria de los instrumentos, pero ella queda absorbida y subordinada a la función del documento *dispositivo y constitutivo*.

F) Considerado fuera del vínculo con el derecho incorporado, el título de crédito está *privado de valor económico*,[48] lo cual es verificable al producirse la cancelación del crédito.

G) La promesa contenida en el título es *incondicionada* ("no subordinada a la discreción del promitente") e *irrevocable*.

B) *Cosas específicas, cosas genéricas y de género limitado.*

Tal catalogación responde a la antítesis entre individuo (o especie) y género.

Cosa específica (cosa individualmente determinada), "es la designada por sus caracteres propios que la distinguen de todas las demás de su especie o género; a veces se la designa como «cuerpo cierto o determinado»".[49] En la relación obligatoria, la cosa específica es tomada en cuenta en razón de los datos ciertos que permiten identificarla y a los cuales puede hacerse referencia directa. Como un ejemplar de las *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, de don Luis Sanojo, edición de 1873, dedicado por el autor.

Las cosas genéricas se distinguen únicamente por "determinada cualidad no individualizante".[50] La determinación de la cosa genérica se practica a través de la agrupación de todos los caracteres comunes a las entidades agrupadas en un género o especie. Ejemplo: un automóvil, un teatro, un escritorio.[51] El género es *ilimitado e inagotable* (el género no perece), por regla general, a menos que se trate de un género único o que se agote en sí mismo. Ejemplo: una tonelada de ciertos frutos en época de cosecha escasa, o una cierta cantidad de moneda de curso legal en un determinado período y en cierto país.[52]

Las cosas genéricas se especifican, en el momento del cumplimiento de la obligación, por el peso, número o medida. Ello da lugar a la subespecie de las cosas de género limitado, bienes no caracterizados

48. Messineo, Francesco: *Manual...*, VI, p. 234.
49. Candián, Aurelio: *Instituciones...*, p. 231.
50. Candián, Aurelio: *Op. cit.*, p. 231.
51. *Cfr.* Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 410.
52. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 275.

en su individualidad, pero que son distintos por su *cualidad o procedencia* –si no son de cantidad ilimitada–, o por su pertenencia a una *mayor cantidad de cosas homogéneas.*[53] Ejemplo: doscientos barriles de petróleo transportados en tal nave.

En los negocios que tienen por objeto la *enajenación* de cosas *determinadas*, se verifican no sólo efectos obligatorios sino también efectos *reales* (expresamente, CC. italiano de 1942, art. 1.376). La enajenación de *cosas genéricas* produce sólo efectos *obligatorios*, lo mismo que la enajenación de cosas de *género limitado*. La destrucción de la cosa determinada individualmente, sin culpa del deudor (causa extraña no imputable), no libera al adquirente del deber de efectuar su prestación, aun cuando la cosa no le haya sido entregada. Si la cosa está determinada sólo *in genere*, el adquirente queda sometido al cumplimiento de su prestación si el deudor ha hecho la entrega o si la cosa ha sido individualizada. Esta regla enunciada en dirección exacta desde el ángulo técnico en el CC. italiano de 1942 (arts.1.465, ap. 1 y 3, y 1.257), asume una descripción formalmente diversa en el Código Civil venezolano: si la cosa determinada perece o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue si la cosa ha perecido, o queda fuera del comercio, o se ha perdido, sin culpa del deudor y *antes de la que haya incurrido en mora*. Aun en el caso de mora del deudor, si éste no ha asumido los riesgos por caso fortuito, la obligación se extingue si la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor, en caso de que la entrega se hubiere verificado. El deudor corre con la carga de la prueba del caso fortuito (art. 1.344, párrafos 1, 2 y 3).

En el ámbito de las disposiciones testamentarias se considera válido el legado de una *cosa mueble indeterminada*, de un *género o especie*, aunque el género o especie no se encontraren en el patrimonio del testador en la época en que se otorgó el testamento, ni a la muerte del testador (Código Civil, art. 905). Es, entonces, al heredero a quien toca la elección de la cosa que deba recibir el legatario, pero no podrá ofrecer una de la peor calidad ni estará en el deber de darla de la mejor (Código Civil, art. 934). Si el testador hubiere legado como de su propiedad una cosa *particular* o comprendida *en cierto género o especie*, la disposición no tendrá efecto si la cosa no se hallare en su patrimo-

53. Candián, Aurelio: *Instituciones...*, p. 231.

nio al tiempo de su muerte (art. 906, primera parte, del Código Civil). Ejemplo: lego a "A" las acciones que se encuentran en una Caja de Seguridad a mi nombre en un Banco de la localidad. Si las acciones no se hallan en el lugar indicado al tiempo de la muerte, el legado carecerá de efectos, por cuanto no se trata de legado de cantidad sino de acciones consideradas como una cosa particular. Encontrándose la cosa en el patrimonio del testador en el momento de su muerte, pero sólo en cantidad limitada, inferior a la indicada en la disposición, el legado no tiene efectos sino por la cantidad que se encontrare en él (CC. art. 906, segunda parte).[54]

C) *Cosas fungibles y cosas infungibles*

Tal subdivisión es, en ocasiones, contemplada como un subtipo de la precedente. El concepto de cosas fungibles es para algunos un caso particularizado de las cosas de género.[55]

Las cosas fungibles (cosas conmutables, o sustituibles) son aquellas que pueden ser sustituidas indiferentemente por otras, en una relación jurídica, por tratarse de bienes idénticos desde el punto de vista de su valoración social.[56] Esta nota se refleja particularmente en el *pago*:[57] el deudor de una bien fungible se libera entregando una *cosa semejante*, por cuanto –jurídicamente– el bien puede ocupar el lugar de otro, sustituyéndolo en el cumplimiento de la obligación,[58] desde el momento en que ambos bienes tienen el mismo poder liberatorio, tomándose en cuenta dentro del tráfico jurídico únicamente, a tenor de sus caracteres genéricos (el trigo, el dinero, un automóvil, los ejemplares de la edición de un libro).[59] Constituyen hipótesis de aplicación, con relación a las cosas fungibles, en el sistema normativo venezolano, especialmente, los artículos 1.333 (la compensación sólo se efectúa entre dos deudas que tengan por objeto igualmente una suma de dinero, o una cantidad determinada de cosas de la misma especie, que puedan

54. *Cfr.* Ricci, Francesco: *Corso teórico prático di Diritto Civile*, vol. III, Utet, Turín, 1929, Nos. 368 y 369.
55. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 276.
56. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 83.
57. Planiol, Marcel: *Tratado...*, p. 29, N.° 2.181.
58. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 276, y Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, I-1, p. 357.
59. Albaladejo García, Manuel: *Instituciones...*, p. 302; y *cfr.* Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 224.

en los pagos sustituirse las unas a las otras, y que son igualmente líquidas y exigibles) y 1.735 (concepto de mutuo).

En las transacciones ordinarias, las cosas fungibles se determinan por su número, peso y medida,[60] esto es, "se toman en cuenta sólo en su medida y calidad, pero no individualmente".[61] Pero, en ocasiones, la determinación cuantitativa no indica fungibilidad; existen cosas infungibles que pueden considerarse en cantidades. Ejemplo: los terrenos de una urbanización que son vendidos por metros cuadrados.

La *sustituibilidad* tampoco es una característica esencial de la noción jurídica de cosa fungible, sino una consecuencia de la *identidad* de las cosas situadas dentro de una determinada categoría.[62] Así como, también, es incorrecto identificar fungibilidad con *equivalencia*, indicativa de relación entre la cosa y el *valor* que se le atribuye. Dos cosas (A y B) pueden tener el mismo valor "V", sin que tal equivalencia implique fungibilidad entre sí: el bien "A" puede ser un inmueble en tanto que el bien "B" son cincuenta toneladas de maíz y la constante "V" la suma de diez millones de bolívares, atribuida tanto al inmueble como a las toneladas de maíz.[63]

El papel de la autonomía privada llega a ser decisivo en la catalogación de la fungibilidad o infungibilidad de los bienes en una *relación jurídica determinada*, aun cuando la delimitación técnica del concepto obedezca a índices objetivos. De esta manera, la voluntad de los particulares puede hacer infungibles cosas que normalmente no lo son y considerar fungibles otras que socialmente escapan de este compartimiento.[64] Ejemplo: puedo dar en comodato algunos litros de aceite aunque este líquido sea fungible y por ello no ser objeto de comodato,[65] o puedo estar interesado en adquirir el texto-guía de un eminente expositor, aunque me conformaría con otro ejemplar cualquiera de la misma obra.[66] La observación crítica de Planiol[67] debe ser entendida conforme a esta línea del pensamiento, dentro de sus justos límites. Observa el autor que la intención de los particulares no basta para provocar la mutación descrita. Ello, ciertamente, se ajusta a la catalogación objetiva de los bienes, pero no cuadra dentro de las prestaciones dependientes de la relación obligacional singular, en la que la consideración específica del bien es relegada a un segundo plano por los intervinientes.

60. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 410.
61. Del concepto romano *res quae in genere suo functionem recipiunt*, los comentaristas dedujeron el vocablo "fungible, aplicado a esta categoría de bienes (término bárbaro, según Savigny, quien prefería hablar de "cosas de cantidad"). Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 83.
62. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 83. En contra Planiol, Marcel: *Tratado...*, p. 30, N.° 2181, y Marty-Raynaud: *Droit Civil*, I, p. 445.
63. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 84.
64. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 85. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 84; Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 224; Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, I-1, p. 358.
65. Albaladejo García, Manual: *Instituciones...*, I, p. 303.

Una de las consecuencias más importantes conectadas a la atribución de la cualidad de fungible a un bien, reside en la aplicación del aforismo *genus nunquam perit*. El género maíz o trigo no perece por el hecho de que sean destruidos el maíz o el trigo que se encuentran en los graneros de una empresa. Si alguien está obligado a dar una cantidad de maíz (cosa fungible) y el grano se pierde por una causa cualquiera, el obligado no se libera. La obligación se reduce al pago de los daños y perjuicios o a adquirir el maíz de otra persona para cumplir la prestación. Pero si el deudor debe entregar una cosa infungible y ésta perece por causas no imputables al deudor, se opera la liberación.

En la esfera de las obligaciones, son aplicación del concepto los artículos 1.299, par. 2°, 1.333, 1.735 y 1.759 del Código Civil venezolano. Las nociones de fungibilidad y de infungibilidad son aplicables también a las prestaciones (en cuanto a la posibilidad de que un tercero cumpla la obligación primitivamente asumida por el deudor cuando el acreedor no tiene interés en la ejecución por el propio deudor) (*V.* CC., arg. del art. 1.284).

D) *Cosas consumibles y cosas inconsumibles*

Esta calificación corresponde únicamente a los bienes corporales. Son cosas consumibles (o de utilización simple, o bien de consumo) las que se destruyen por el uso en forma inmediata (combustibles, comida).[68] Tales entidades no prestan utilidad al hombre sino por la pérdida de su individualidad. Pero también entran en este rango las cosas

66. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 84.
67. Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes)*, p. 31, N.° 2.184.
68. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 411; y Candián, Aurelio: *Instituciones...*, p. 232.

que prestan una utilidad privándose de ellas sin ser consumidas *in rerum natura*.[69] Así, por ejemplo, el *dinero* (consumibilidad *relativa*).

De las cosas *inconsumibles* (bienes de utilidad reiterada) se puede hacer uso prolongado (o reiterado) para obtener un mismo aprovechamiento, sin que ello implique destrucción de la cosa o privación de la misma. Antes por el contrario, son susceptibles de utilización y de rendimiento ulteriores (un libro, una mesa, una casa).[70] La transferencia del uso de una cosa consumible implica, por consiguiente, transmisión del *derecho de propiedad* (*infra*, con relación al usufructo sobre cosas consumibles, capítulo XVII, N.° 130, C.) (*ver*, también, art. 1.736 CC.).

La consumibilidad debe entenderse en sentido técnico-jurídico y no físico simplemente.[71] La consumibilidad no es propiamente, y en sentido único, destrucción de la materia, puesto que esta última experimenta infinitas transformaciones y no destrucción. Desde esta vertiente, una cosa puede ser consumible sin que tal resultante apareje destrucción física (ejemplo: el dinero). Por ello, y en último término, la consumibilidad es "transformación de la función económico-social de la cosa".[72]

La consumibilidad puede, asimismo, variar de un uso a otro de la cosa. Ejemplo: el vino es consumible, pero no si lo doy en calidad de préstamo para una exhibición (*comodatum ad pompam vel ostentationem*). La voluntad de las partes se manifiesta aquí (una vez más) influyente en la calificación adjudicable dentro de una relación jurídica singular.[73]

La consumibilidad y la fungibilidad no deben ser confundidas. La fungibilidad denota la *pertenencia* a una determinada categoría en la que las cosas agrupadas en ellas se consideran idénticas y, por tanto, sustituibles. La *consumibilidad* es un calificativo que prescinde de la pertenencia y considera la cosa por si en razón del uso al cual está destinada.[74]

---

69. Torrente, Andrea: *Manuale...*, pp. 85 y 86; Marty-Raynaud: *Droit Civil*, I, p. 444. Con arreglo al CC. portugués en vigencia a partir del 1° de junio de 1967, "son consumibles las cosas cuyo uso regular comporta su destrucción o su enajenación" (art. 208).
70. El Código Civil español formula la distinción, pero referida (erróneamente) a las cosas fungibles y no fungibles, al igual que el Código Civil holandés (CC. español, art. 337; CC. holandés, art. 561). *V.*, Albaladejo García, Manuel: *Instituciones...*, I, p. 301.
71. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 91.
72. *Ibídem*, p. 91.
73. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 225.
74. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 92.

En síntesis, la importancia de la distinción destaca:

a) En el *usufructo* y el uso, derechos reales limitados de goce sobre la cosa ajena, cuyo objeto –en principio– son las cosas inconsumibles (excepto en la hipótesis precisa del *cuasi-usufructo* (*v. infra*, capítulo XVII), desde el momento en que la obligación fundamental del usufructuario y del usuario consiste en restituir la cosa recibida al extinguirse estos derechos.

b) El *arrendamiento* y el *comodato* no pueden, en principio, tener por objeto cosas consumibles. Lo mismo en el caso del *depósito* (a excepción de la figura del depósito *irregular*). El contrato de *mutuo*, cuyo objeto son las cosas consumibles, transfiere al mutuario el derecho de *disponer* de la cosa, verificándose su liberación con la restitución de cosas de la misma calidad y en igual cantidad. Es, todavía, sostenible el *comodato* de cosas *consumibles* cuando éstas son dadas en calidad de préstamo para exhibirlas (*supra*).[75]

E) *Cosas deteriorables y cosas no deteriorables*

En la doctrina, los bienes deteriorables, es decir, aquellos que experimentan desmejora por su utilización reiterada –lo que puede tornarlos inservibles aun cuando no los agote–, aparecen como subespecies de las cosas inconsumibles.[76] La destrucción más o menos sensible sufrida por el bien no altera, sin embargo, su naturaleza (ejemplo: un vestido, el neumático de un automóvil).

La deteriorabilidad o indeteriorabilidad de una cosa surge de su conexión al uso a que está destinada y no del transcurso del tiempo, sin que ello signifique que este factor no juegue papel alguno en la producción del desgaste. Así, una estatua, un cuadro, se deteriorarán en el curso del tiempo, mas no por ello son bienes deteriorables jurídicamente. En la esfera de las obligaciones, la responsabilidad del deudor desaparece cuando la destrucción o el menoscabo sufrido por la cosa proceden del uso normal al cual está destinada.

F) *Cosas divisibles y no divisibles*

Físicamente, todas las cosas son *divisibles*. Jurídicamente son divisibles las cosas susceptibles de ser fraccionadas, conservando sus

---

75. De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, V, p. 531.
76. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 277.

partes la misma función y esencia del todo y un valor proporcionado a éste.[77] Son *indivisibles* los bienes que no se prestan a un fraccionamiento con iguales proyecciones (ejemplo: una máquina, un libro). Las cosas divisibles son reductibles a partes *homogéneas* sin que se altere su función económico-social (ejemplo: un fundo, el dinero, una pieza de tela). La indivisibilidad obedece, en ocasiones, a un acto dependiente de la voluntad de los sujetos, quienes pueden considerar indivisible un bien que, por naturaleza, no lo sea.[78]

Son aplicaciones de la indivisibilidad:

a) El artículo 769 CC. en materia de comunidad (no puede pedirse la división de aquellas cosas que, al partirse, dejen de servir para el uso a que están destinadas). La indivisibilidad del bien puede suplirse con su venta y el reparto del precio.

b) El artículo 1.250 CC. (concepto de obligación indivisible).

c) Los artículos 756 y 757 (indivisibilidad de la servidumbre).

d) El artículo 1.877, párrafo 2 (indivisibilidad de la hipoteca).

A la indivisibilidad material se agrega la *indivisibilidad legal* o *convencional*. Además de los casos de indivisibilidad legal señalados, pueden sumarse: el pacto de *indivisión temporal* adoptado por los comuneros (CC., art. 768, párrafo 1) (indivisibilidad convencional), y la indivisibilidad impuesta por la Ley de Propiedad Horizontal con relación a las partes comunes de un edificio (LPH, art. 8).

G) *Cosas presentes y futuras*

Se conceptúan como presentes las cosas existentes *in natura* en el momento de ser tenidas en cuenta.[79] Únicamente las cosas presentes

77. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 412; Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 227. La opinión de Biondi acerca del factor de escisión entre las ideas de indivisibilidad y de valor es acertada. Las partes pueden tener la misma esencia y función del todo, pero sumadas pueden no reproducir el valor de éste; así, un diamante fraccionado. Reducidas las cosas indivisibles a términos monetarios, la división se facilita. Cada sujeto sería titular de una fracción ideal (cuota, fracción aritmética) perfectamente separable de las demás. El art. 209 del CC. portugués califica de *divisibles* "las cosas que pueden ser fraccionadas sin alteración de su sustancia, disminución de valor o perjuicio para el uso a que se destinan".
78. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 87.
79. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 87.

constituyen objeto de la propiedad, de la posesión[80] y de los otros derechos reales. (No obstante, y por lo que atañe al derecho italiano, véase *infra*, N.° 147, D) con relación a la servidumbre para utilidad futura de un fundo).

Las cosas futuras *strictu sensu* no existen *in actu*, pero su existencia puede ser racionalmente esperada con un grado mayor o menor de probabilidad. Ejemplo: la cosecha de una finca. Las *relaciones puramente obligacionales* pueden tener por objeto cosas futuras (expresamente: Código Civil venezolano, art. 1.156); aunque la *donación* no versa sino sobre bienes presentes del donante (Código Civil, art. 1.433, primera parte). Pero si la donación se refiere a una universalidad de cosas cuyo goce y tenencia haya conservado el donante, los elementos que pasen a incrementarla quedan comprendidos en el acto negocial salvo voluntad diversa del donante (Código Civil, art. 1.433, segunda parte). Se sanciona con la inexistencia la venta de los derechos sobre la sucesión de una persona viva, aun con su consentimiento (Código Civil, art. 1.484, conc. art. 1.156).

La convención sobre cosas futuras es un negocio *anticipado* que realiza "una hipótesis de inversión cronológica en la formación del negocio jurídico".[81]

Cabalmente, las cosas futuras pueden serlo: para *todos* los sujetos sin excepción, si todavía no existen, por ejemplo: la cosecha del próximo año, el edificio que se proyecta construir, los frutos civiles no devengados, o *sólo para un número determinado de sujetos* comprendidos en la relación jurídica, cuando el obligado prometa hacer ingresar en el patrimonio del pretensor las cosas que no le pertenecen (venta de la cosa ajena, por ejemplo), lo cual no resta validez al negocio.[82]

H) *Cosas muebles e inmuebles*

El desarrollo de esta categoría se reserva para el Capítulo III de este Manual.

80. Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique: *Manual de derechos reales (Parte general. Posesión. Defensa posesoria)*. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1962, p. 88, N.° 51.
81. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 88, nota 1.
82. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 279. Por la dirección exacta: CC. portugués, art. 211 ("Son cosas futuras las que no están en poder del disponente, o a las que éste no tiene derecho al tiempo de la declaración negocial").

II. *Según la relación de conexión recíproca de las cosas*

A) *Cosas simples y cosas compuestas (complejos de cosas). Pertenencias*

Tampoco en esta subespecie es determinante la composición física o química de las cosas. Químicamente la mayor parte de las cosas son compuestas. El índice rector del distingo radica, por consiguiente, en el criterio económico-social.[83]

La cosa *simple* se define por tener sus elementos en tal forma cohesionados o fusionados entre sí, que los mismos no pueden separarse sin destruir o alterar la fisonomía del todo (un animal, una planta).[84] Aun cuando quepa la posibilidad de distinguir sectores en las cosas simples "desde el punto de vista del tráfico, como en el sentido de que formen una unidad superior constitutiva de otra cosa", la individualidad que inicialmente ostentaron sus componentes desaparece".[85] Ejemplo: los ladrillos antes y después de construir el edificio. Las cosas simples están dotadas de individualidad unitaria, independientemente de la pluralidad de sus elementos integrantes, los cuales no pueden disgregarse sin destruir la esencia del todo.

Las *cosas compuestas* son la resultante de la conjugación material de varias cosas, cada una de las cuales conserva su individualidad y son separables, mediante descomposición, del todo. Cada uno de estos elementos posee individualidad propia.[86] Ejemplo: un automóvil está integrado por la carrocería, el motor, las llantas.

En tanto las cosas simples son proporcionadas por la naturaleza o por obra del hombre, las compuestas son siempre producto de la actividad del hombre.[87] La noción de cosa compuesta, es proyectable, asimismo, a las obras de *ingenio* (obras en colaboración).

Al dar origen al todo, las cosas individuales pierden su relevancia jurídica. Por ello, las relaciones jurídicas que versan sobre la cosa compuesta, tienen por objeto el todo y no las partes que lo componen, salvo reserva expresa del disponente. De esta forma, la venta de un automóvil conlleva la transmisión de la carrocería, el motor, las llantas, etc.; la propiedad de la casa involucra la de los ladrillos, la piedra, la madera, etc., de que está construida.

83. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 426.
84. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 90.
85. Albaladejo García, Manuel: *Instituciones...*, I. p. 307.
86. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 140; Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 90.
87. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 141.

Esquemáticamente, la importancia de la clasificación se revela:

a) En cuanto a las cosas *muebles compuestas*. Los elementos singulares pueden pertenecer a diversos sujetos, lo que hace posible la coexistencia de un conjunto más o menos numeroso de relaciones sobre el todo gobernado en forma jurídicamente distinta a las partes singulares.

b) *En orden a la usucapión*. La posesión *ad usucapionem* de los bienes individualizados abraza, con los mismos efectos, la posesión del todo que se construya con dichos bienes.

c) La posesión del todo envuelve la posesión de sus partes.

La *pertenencia* alcanza el rango de cosa, separada e individualizada, pero colocada de modo permanente al servicio de una cosa principal por la voluntad (en principio) del dueño, "de forma que entre ambas se establece un vínculo objetivo"[88] (*infra*, capítulo IV, N.° 17, II, A).

Cuando se destaca un criterio de compenetración o de adhesión física de una cosa a otra, aun cuando ello cumpla una finalidad meramente transitoria, se suele hablar de *incorporación* y la cosa incorporada se llama *accesoria* o *accesión*.[89]

B) *Cosas principales y cosas accesorias*

En efecto, esta escisión se localiza en el criterio de *utilidad* reportada a una cosa por otra, reputándose *principal* aquella que, por su función económico-social, suministra la mayor suma de aprovechamiento o de utilidad a un sujeto. La cosa *accesoria* sirve de complemento a otra, reputada como principal, o le está subordinada, o coadyuva en hacer factible su función. Ahora bien, la calificación de "principal" o de "accesorio" sólo puede predicarse respecto de los bienes que guardan entre sí una relación de concurrencia simultánea y siempre que exista entre ellos un "cierto vínculo de sumisión o dependencia".[90]

88. *Ibíd.*, p. 146.
89. Messineo, Francesco: *Manuale...*, II, p. 280.
90. *V., Diccionario de Derecho Privado*, tomo I, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1950, p. 1.266, voz: "Cosas accesorias".

La tendencia que asimila las *partes integrantes* (*infra*, capítulo IV, N.° 17, II, A) a las cosas accesorias parece criticable, si se admite que la parte integrante no es una cosa diversa sino un *elemento* del bien de que se trata.[91] Las pertenencias mismas son cosas accesorias pero de un rango especial.

En el Código Civil, la fórmula utilizada para practicar la distinción entre cosas accesorias y principales se funda en los siguientes datos:

a) Se considera principal aquella (cosa) a la cual se ha unido otra para su uso, adorno, perfección o complemento;

b) Si de dos cosas unidas para formar un todo, no pudiere considerarse alguna como accesoria, se reputará principal la más notable por su valor, o por su volumen si los valores son aproximadamente iguales (CC., arts. 572, pár. 3, y 573).

De modo precario, estos preceptos normativos responden al verdadero concepto de principalidad y de accesoriedad adjudicable a las cosas.

La determinación de esta categoría, juega un papel importante en la aplicación de la máxima *accesorium sequitur principale* (la cosa accesoria queda sometida al mismo régimen jurídico de la principal), la cual opera como constante en la accesión mobiliaria e inmobiliaria (*infra*, Capítulo X).

C) *Frutos, gastos y mejoras*

Técnicamente, la ubicación correcta de los frutos se halla en el sector de la clasificación de las cosas. Por la colocación topográfica en el Código Civil (tradicional, pero defectuosamente), su estudio se ha relegado al Capítulo de la accesión discreta, accesión impropia o accesión por producción) (*infra*, N.° 58).

Los gastos y las mejoras no alcanzan, de otro lado, el rango de cosas. En forma muy amplia, se entiende por "gastos" las erogaciones que se realicen en la cosa para conservarla (gastos de conservación), o para incrementar su función económica o su rendimiento (gastos útiles), o su valor por obras de ornato (gastos suntuarios). (Respecto de las mejoras, *v. infra*, Capítulo VI, N.° 39).

91. Albaladejo García, Manuel: *Instituciones...*, tomo I, p. 308.

III. *Según su apropiabilidad o en razón de su pertenencia*

A) *Por su apropiabilidad (cosas apropiables e inapropiables)*

Castán Tobeñas[92] inserta en este rubro las cosas que tienen o no aptitud para convertirse en objetos de relaciones patrimoniales. Las primeras se subdividen en apropiadas (cosas que actualmente tienen un titular) e *inapropiadas* (bienes que actualmente no pertenecen a nadie).

Las cosas sin propietario, o son *bienes comunes* (existentes en medida ilimitada de modo que todos pueden aprovecharlas: *res communis omnium*: el aire, el agua del mar), sin que ello se identifique con un impedimento o restricción al uso indistinto de todos los miembros de la comunidad; o son *res nullius* (cosas de nadie o inapropiadas).

Las *res nullius* son apropiables por el primero que tome posesión efectiva, con ánimo de dueño, sin restricción alguna, en principio, por conducto de un modo típico de adquirir el dominio: la *ocupación* (*infra*, Capítulo XI, N.° 67). Todavía pueden ser anexadas perfectamente dentro de las cosas sin propietario actual, los animales objeto de la caza y la pesca y los bienes abandonados (*res derelicta*), por su precedente propietario con ánimo de abdicar su derecho (de otro modo se trataría de cosas de las cuales se ha desprendido su propietario sin o contra su voluntad, y cuyo régimen difiere radicalmente) (infra, Capítulo XIII, N.° 93).

B) *Por la susceptibilidad de tráfico jurídico*

a) *Cosas susceptibles de tráfico absoluto (res in commercium)*

b) *Cosas no susceptibles de tráfico (res extra commercium)*, receptáculo que agrupa, nuevamente, las cosas sustraídas de modo absoluto a la apropiabilidad, por su misma naturaleza (cosas comunes: el aire, el agua corriente, el mar) o por su destino (los bienes de uso o al servicio público),[93] y también los bienes inembargables e inalienables por disposición de la ley (el hogar, el patrimonio familiar creado según los dispositivos de la Ley de Reforma Agraria) (sobre este último instituto, *retro*, Capítulo I, 4, G).

Por entrabar la libre circulación de los bienes y la libre disponibilidad de los mismos, un sector de la doctrina todavía rechaza la vali-

92. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, pp. 429 y 430.
93. Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, I-2, p. 430; Candián, Aurelio: *Instituciones...*, p. 237.

dez de las llamadas *cláusulas de inalienabilidad*, a través de las cuales el enajenante pretende sustraer un bien a los negocios jurídicos traslativos que realice el adquirente. Por lo regular –conforme a las observaciones de la doctrina extranjera– las referidas cláusulas son consignadas en los contratos a título gratuito.[94] La inalienabilidad, desde este ángulo visual, soporta, no obstante, una escisión. De una parte, el acto decisorio del enajenante que tienda a congelar *definitivamente* los bienes en el patrimonio del causahabiente carecería de eficacia, por estimarse contrario a los principios que informan el sistema estructural sobre el que se erige el complejo de relaciones económicas vigente, promoviendo la creación de bienes de *manos muertas*. Por este conducto, en consecuencia, se descartarían las *cláusulas de inalienabilidad perpetua*. De otro lado, las *cláusulas de inalienabilidad temporal* serían admisibles y plenamente eficaces, si su validez se entiende restringida a la relación vinculante entre enajenante y adquirente y justificable mediante un legítimo interés :[95] En este sentido es descriptible la norma contenida en el artículo 1.379 del Código Civil italiano de 1942.[96] En el ordenamiento jurídico venezolano la recepción generalizada de las cláusulas de inalienabilidad temporal es discutible. Si bien es cierto que, conforme al artículo 1267 del Código Civil,[97] debe predicarse la ineficacia de la cláusula que impide al deudor hipotecario la enajenación o el gravamen de inmuebles determinados "por virtud de una negociación de préstamo con hipoteca", resultaría controvertible la extensión, por vía analógica, de esta norma a supuestos distintos.

Pero al margen de los bienes sustraídos al tráfico jurídico, existen otros sobre los cuales se otorga a determinadas personas un derecho preferente de adquisición (legal), lo que –visto desde otra vertiente– involucra una reducción a la libertad de disponer reconocida al titular. Para ellos se ha tomado en cuenta, la cualidad de las personas investidas del derecho preferente, o la concurrencia de determinadas situaciones jurídicas en que aquéllas se encuentran. En esta línea se desplaza el derecho de preferencia (preferencia ofertiva) reconocido al arrendatario para que se le ofrezca en venta, "en primer lugar a cualquier tercero, el inmueble que ocupa" en calidad de arrendatario, siempre que la duración de la relación contractual tenga más de dos (2) años, si se halla solvente (en el pago de los cánones de arrendamiento y satisfaga las aspiraciones del propietario" (*artículo 42 del Decreto con rango y fuerza de ley de Arrendamientos Inmobiliarios, de 21 de octubre de 1999);* y el derecho preferente a readquirir las viviendas que hubiere enajenado el Instituto Nacional de Viviendas conferido a éste por el artículo 16 de la Ley del mencionado Instituto de fecha 13 de mayo de 1975. Este derecho subsiste durante los veinticinco años siguientes a la operación de compra-venta (*v.*, también, en cuanto a la sanción, art. 42 de la citada Ley).

94. Longo, Mario: Voz "Inalienabilità", en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, p. 924.

95. En este sentido, en Francia: Casación Civil I, Sentencia de 16 de febrero de 1953, *Jurisprudence francaise* (1953-1957). E-Z, p. 355.

96. CC. italiano de 1942, artículo 1.379: "La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto solamente entre las partes y no es válida si no estuviese contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no respondiese a un interés apreciable de una de las partes".

c) *Cosas de tráfico restringido y del tráfico prohibido*. La naturaleza o el destino de ciertos bienes, utilizados como índices para su acomodo en las especies anteriores, no actúa frente a otros que, pudiendo ser en principio considerados *en el comercio*, inciden dentro de una prohibición legal que restringe (cosas de *tráfico restringido*), o elimina definitivamente (cosas de *tráfico prohibido*), su aptitud para integrar objetos de negocios jurídicos. Tal prohibición obedece a motivaciones de seguridad o de salubridad pública (venenos, explosivos, estupefacientes), o de intereses económicos, fiscales, artísticos o históricos.[98]

C) *En razón de su pertenencia*

a) Cosas pertenecientes a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades y a los establecimientos públicos;

b) Cosas pertenecientes a los particulares (CC., art. 538).

Las primeras pueden ser del dominio público o de propiedad privada de la Nación, de los Estados o de las corporaciones u organismos de carácter público.

97. "No se permite ni es válida la estipulación según la cual una persona se comprometa a no enajenar ni gravar inmuebles determinados, por virtud de una negociación de préstamo con hipoteca".

98. *Cfr.* Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, 1-2, pp. 430 y 431.

D) Por el carácter de la pertenencia (bienes del dominio público y bienes del dominio privado)

El elemento básico para la colocación dentro de uno u otro rango, parece residir en la *afectación* del bien al uso directo del público.[99] Esta afectación al uso de todos los interesados, situaría tales bienes en un régimen exorbitante del derecho común (son bienes inembargables, imprescriptibles, no poseíbles...).

En la actualidad, el criterio de afectación al uso directo del público ha sido materia de censura por quienes propugnan como regla de distinción la afectación de los bienes a un servicio público. Un recurso de esta índole es considerado demasiado estrecho por Marty y Reynand,[100] ya que no pocas dependencias, sin estar afectadas a un servicio público, son, sin embargo, bienes del dominio público y –por oposición– existen bienes que aun prestando un servicio público no forman parte del dominio público.

En el plano de la función económica,[101] son bienes del dominio público los que satisfacen necesidades colectivas en concepto de *bienes directos o de primer grado*; y bienes patrimoniales, aquellos que indirectamente procuran esa satisfacción como bienes de segundo grado o instrumentales, "susceptibles de transformarse en otros valores y producir renta".

La nota de afectación a la utilidad pública (Hauriou), no obstante integrar un expediente utilizable de un modo general, resulta demasiado vasta. Waline ha propuesto la siguiente fórmula mediadora: "Forma parte del dominio público todo bien perteneciente a una persona administrativa que, sea en razón de su configuración natural, sea en razón de una ordenación especial, o sea en razón de su importancia histórica o científica, es necesario para un *servicio público* o para la satisfacción de una necesidad pública, y el cual no podría ser reemplazado por otro (bien) en esa función".[102]

Los bienes del dominio público son *inalienables* (CC., art. 543), *no usucapibles* (arg. art. 1.959 CC.), y están colocados fuera del comercio.

---

99. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 432; Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, I-1, p. 342.

100. Marty-Raynaud: *Droit Civil*, I, p. 443.

101. *Cfr.* Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, I-2, p. 443.

102. *Cit.* por Marty-Raynaud: *Droit Civil*, pp. 443 y 444.

En el ordenamiento positivo venezolano, dentro de la catalogación genérica por *razón de su pertenencia*, los bienes son de la Nación, de los Estados, de las Municipalidades, de los demás establecimientos públicos o de los particulares (CC., art. 538).

Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades son (CC., art. 539):

a) *Del dominio público* (caminos, lagos, ríos, murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes).

b) *Del dominio privado.*

Los bienes del dominio público, a su vez, se subclasifican en bienes de *uso público* y bienes de *uso privado* de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades (CC., art. 540).

Pero las aguas de los ríos son apropiables en la forma determinada en los artículos relativos a las limitaciones de la propiedad predial y en la propia sección normativa de las servidumbres prediales. El lecho de los *ríos no navegables* pertenece a los ribereños, según una línea que se supone trazada por el medio del curso del agua (cauce del río). "Cada ribereño tiene derecho de tomar, en la parte *que le pertenezca*, todos los productos naturales y extraer arenas y piedras, a condición de no modificar el régimen establecido en las aguas, ni causar perjuicios a los demás ribereños" (CC., art. 539 *in fine*).

Los bienes del dominio público que dejen de estar destinados al uso público y a la defensa nacional, ingresan en el marco del dominio privado (CC., art. 541) (desafectación tácita).

Los bienes del dominio privado pueden *enajenarse* de conformidad con las leyes que les conciernen (CC., art. 543) y son *usucapibles* (CC., art. 1.960).[103]

---

103. Los bienes pertenecientes a la Nación sólo pueden ser enajenados previa autorización de la Asamblea Nacional, dada con conocimiento de causa. El Ejecutivo Nacional podrá destinar para ejidos municipales hasta 2.500 hectáreas cuando se trate de terrenos adyacentes o próximos a algunas poblaciones de la República, siguiéndose un procedimiento análogo al que establece la Ley de Tierras Baldías y Ejidos con respecto a los terrenos baldíos (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de 21 de junio de 1974, art. 23).
En lo que respecta a los *bienes muebles* de la Nación, el Ejecutivo podrá enajenar los que a su juicio no sean necesarios para el servicio público, previa opinión favorable

de la Contraloría General de la República. Tal requisito se omite cuando se trate de productos elaborados en talleres industriales de cárceles o penintenciarías, restaurantes populares, granjas de experimentación [...] sin perjuicio de la obligación de sus directores o administradores de pasar mensualmente a la Contraloría, por intermedio del respectivo Ministerio, una relación detallada y comprobada de los efectos vendidos... (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, art. 24). Con referencia a la adquisición de los bienes necesarios para el uso público y para el servicio oficial de la Nación, exención de gravámenes de bienes de la Nación destinados al servicio público, y a las personas que no pueden comprar o vender bienes de la Nación, véanse los artículos 25, 26 y 27 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

La Constitución Nacional de 30 de diciembre de 1999 confiere la calificación de "bienes del dominio público" y, en consecuencia, *inalienables* e *imprescriptibles*, a los yacimientos mineros y de hidrocarburos, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental. Igualmente son bienes del dominio público las costas marinas (art. 12). Los baldíos existentes en las dependencias federales y en las islas lacustres o fluviales, son *inalienables*; sólo se admite la concesión para su aprovechamiento, cuando ello no implique –directa o indirectamente– la transferencia de la propiedad de la tierra (art. 13). Considera inembargables, imprescriptibles e inalienables los bienes que constituyen el *patrimonio cultural de la Nación* (art. 99), fórmula utilizada también respecto a las tierras asignadas en propiedad colectiva a los pueblos indígenas (art. 119). El texto constitucional inserta los *ejidos* en el sector de los bienes inalienables e imprescriptibles y únicamente da cabida a su enajenación "previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen" (art. 181), regla ya consagrada en el art. 107 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 15 de junio de 1989. Confiere la Constitución de 1999 rango de bienes del dominio público de la Nación a "*todas las aguas*", sometidas a las disposiciones que las leyes prevean para su protección, aprovechamiento y recuperación (art. 304).

La Ley Forestal de Suelos y Aguas de 30 de diciembre de 1965 prohíbe cualquier traba impuesta a la utilización de las aguas del dominio público y a la utilización de la flora y fauna acuática que en ellas se encuentren, aun a las impuestas por los propietarios o poseedores de terrenos adyacentes (art. 88). Con excepción de la hipótesis prevista en el artículo 653 del Código Civil, el que no tenga derechos adquiridos en el aprovechamiento de las aguas del dominio público no podrá desviarlas de su cauce natural sin previa concesión del Ejecutivo Nacional. Los propietarios de fundos podrán desviar las aguas de los ríos, con fines de utilización agrícola e industrial, previa aprobación del Ministerio de Agricultura y Cría con respecto al baraje, vertedero y obras de derivación (art. 89). Las concesiones que otorgare el Ejecutivo Nacional para el aprovechamiento de aguas del dominio público, serán temporales y se regularán por contratos especiales, sujetos para su validez a la ulterior aprobación de la Asamblea Nacional. Tales contratos no podrán celebrarse nunca con perjuicio para la navegación de los ríos o el abastecimiento de las poblaciones. El término máximo de la concesiones será de sesenta años. Concluido el término de duración, todas las obras que hubiere hecho el concesionario quedarán en beneficio de la Nación (art. 92).

El Ejecutivo Nacional no otorgará concesiones de aguas de ríos que nazcan en fundos de propiedad privada, mientras lo atraviesen, ni se impedirá al propietario disponer de ellas mientras no lesionen derechos de terceros o constituyan un peligro para la salud pública. Las concesiones de aguas para la reforma agraria quedan exceptuadas de esta regla y sometidas a la expropiación legal de los terrenos. No serán otorgadas concesiones de aguas de ríos, ni aun después de su salida de los fundos donde nacen con perjuicio de la facultad otorgada a los propietarios por el artículo 653 del Código Civil (art. 90). En todo caso, conforme al art. 91 de la ley especial citada, el aprovechamiento de aguas, materia de la concesión, deja a salvo las disposiciones contenidas en los artículos 539, 653, 655 y 656 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gorrondona, José Luis : *Cosas, Bienes y Derechos Reales.* (Derecho Civil II). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.

Albaladejo García, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil.* Tomo I. Librería Bosch, Barcelona, 1960.

Ascarelli, Tullio: *Introducción al Derecho Comercial.* EDIAR, Buenos Aires, 1947.

__________ : *Teoría General de los títulos de crédito.* Traducción, René Cacheaux Sanabria. Edit. Jus, México, 1947.

Barbero, Domenico: *Sistema del Diritto Privato italiano.* Tomo I. 8.ª edición. UTET, Turín, 1962.

Biondi, Biondo: *Los bienes.* Traducción, Antonio de la Esperanza Martínez Radío. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.

Borell y Soler, Antonio María: *Derecho Civil español.* Tomo I. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954-1955.

Candián, Aurelio: *Instituciones de derecho privado.* Traducción, Blanca P.L. de Caballero, UTHEA, México, 1961.

Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español común y foral.* Tomo I, vol. II. 7.ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

Dassen, Julio y Enrique Vera Villalobos: *Manual de derechos reales.* (Parte General, Posesión. Defensa posesoria). Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1962.

De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge.* Tomo V. Etab. Emile Bruylant, Bruselas, 1941.

De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil.* Vol. I. 2.ª edición. Liv. Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1957.

Diccionario de Derecho Privado. Tomo I. Editorial Labor, Barcelona, 1950.

Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano* (reformado en 1896). Tomo I. Logos, Caracas, 1951.

Egaña, Manuel Simón: *Bienes y Derechos Reales.* Editorial Criterio, Caracas, 1964.

Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español.* Vol. I. 2.ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil.* Cursos de Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

Gomes, Orlando: *Direitos Reais.* 9ª edición. Forense, Río de Janeiro, 1985.

Graziani, Alessandro: Voz "elettricità". En *Novissimo Digesto Italiano,* vol. VI.

Josserand, Louis: *Derecho Civil.* Tomo I, vol. III. Revisado y completado por André Brun. Traducción, Santiago Cunchillos y Manterola. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950-1951.

Kummerow, Gert: "Aspectos relativos a la propiedad del cadáver". En *Revista de la Facultad de Derecho.* Universidad Central de Venezuela, N.º 11, p.p. 227 a 244.

Longo, Mario: Voz "inalienabilità". En *Nuovo Digesto Italiano,* vol. VI.

Martín Pérez, Pascual: *Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959.

Marty, Gabriel y Pierre Raynaud: *Droit Civil.* Tomo I. Sirey, París, 1961.

Mazeaud, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* Parte I, vol I. Traducción, Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomos II y III. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil* (Los bienes). Traducción, José M. Cajica, Puebla, México, 1955.

Ricci, Francesco: *Corso teórico-práctico di Diritto Civile.* Vol. III. UTET, Turín, 1929.

Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano.* Tomo III, vol. I. Antigua Librería Robredo, México, 1947.

Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil* (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones). Tomo II. Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado.* Traducción, Francisco F. Villavicencio. Editorial Labor, Barcelona, 1953.

Salandra, Vittorio: *Curso de Derecho Mercantil.* Traducción, Jorge Barrera Graf. Editorial Jus, México, 1947.

Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano.* Tomo II. (Reimpresión). Gráficas Sebastián, Madrid, 1953.

Santoro Pasarelli, Francesco: *Dottrine generali del diritto civile.* Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1964.

Torrente, Andrea: *Manuale di Diritto Privato.* 5.ª edición, Dott. A. Giuffre, Milán, 1962.

Capítulo III
Bienes muebles y bienes inmuebles

13. CONCEPTO

La separación de los bienes en muebles e inmuebles constituye, en los ordenamientos jurídicos del grupo francés, la *summa divissio rerum*. En el derecho germánico la distinción se halla relegada a un segundo plano.[1]

La referencia directa a la naturaleza física de los bienes demuestra la siguiente realidad:[2]

A) Son *muebles* todos los cuerpos móviles, es decir:

a) Todos aquellos bienes que pueden desplazarse *por sí mismos* (semovientes);

b) Todos los bienes que pueden ser desplazados, bien por un impulso que les es propio (naves, automóviles, etc.), bien por actuación de una fuerza exterior (Código Civil brasileño, art. 47; Código Civil francés, art. 528; Código Civil argentino, art. 2.532; Código Civil uruguayo, art. 415; Código Civil venezolano, art. 532).

B) Son *inmuebles* todos los cuerpos que no pueden desplazarse, ni ser inmediatamente desplazados (una parcela de terreno, un edificio).

1. Josserand, Louis: *Derecho Civil*, I, vol. III, Ejea, Buenos Aires, 1952, p. 22.
2. De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, V, pp. 581 y ss.

Estos conceptos se hallan parcialmente alterados en las legislaciones del grupo germánico, en las que se reserva la designación de inmuebles a los bienes corporales cuyo desplazamiento no es posible. "En el ABGB., el derecho de superficie, y en el BGB., sólo el derecho de superficie, son fincas en sentido jurídico (BGB., pár. 1.017)". "La pertenencia a uno y otro grupo viene determinada por su cualidad natural. Los buques tienen en el BGB. (pár. 1.259 y ss.) una posición semejante a los inmuebles".[3] En el sistema del BGB., por tanto, son inmuebles las *fincas*, es decir, las partes de la corteza terrestre delimitadas por medición, y las partes esenciales de las fincas. Muebles son las cosas no catalogables como fincas ni como partes integrantes de las fincas. Sobre esta misma tendencia se ubica el Código Civil griego: "Son inmuebles el suelo y sus partes constitutivas. Todo aquello que no es inmueble es mueble" (artículo 948). También en el Código Civil italiano de 1942, la delimitación del área ocupada por los bienes muebles ha sido practicada por exclusión (artículo 812, pár. 3).

14. FUNDAMENTO LÓGICO Y LEGAL DE LA CLASIFICACIÓN

Conforme al anterior orden de ideas, el punto de partida de la clasificación se apoyaría en la naturaleza misma de las cosas y coincidiría con la elemental observación del mundo exterior. El planteamiento inicial que conduzca a una u otra categoría deberá atender, por consiguiente –en principio–, a las cosas que materialmente son o no susceptibles de desplazamiento, marginando los bienes incorporales.

Pero desde el ángulo del ordenamiento jurídico venezolano actualmente en vigencia, la distinción abarca todos los bienes, incluso los *incorporales*. Situados en este vértice, los derechos y las acciones que tienen por objeto cosas muebles son, también, *muebles* (Código Civil, art. 533), y en el otro vértice, los derechos y las acciones que tengan por objeto bienes inmuebles, son *inmuebles* (CC., art. 530).[4]

3. Planitz, Hans: *Derecho Privado germánico*, pp. 94 y 95.
4. "Los bienes ínmuebles, o son cosas inmuebles u otros objetos que el sistema jurídico tiene por bienes inmuebles". "Son bienes muebles las cosas muebles y los otros objetos de derecho que el sistema jurídico tiene por bienes muebles". Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Privado*, II, pp. 32 y 38.

15. REFERENCIAS HISTÓRICAS

El binomio bienes muebles-bienes inmuebles no obtuvo en el Derecho Romano la importancia que posteriormente se le atribuyó, dada la existencia de las *res mancipi* y de las *res nec mancipi* que predominó en la época clásica, pero que pierde su inicial significación –de capital importancia para un pueblo organizado con base en la agricultura– en la época postclásica, cuando comienza a penetrar el distingo entre muebles e inmuebles. Tal aseveración no indica el absoluto desconocimiento de las especies señaladas en el Derecho antiguo de Roma (en las XII Tablas el cómputo de la usucapión variaba, de dos años para los inmuebles, a un año en el caso de los muebles), pero sí su minimización frente a otros esquemas conceptuales socialmente más importantes.

El Derecho Romano acordó protección posesoria tanto a los inmuebles como a los muebles (interdictos *utrubi* y *uti possidetis*, pero el interdicto *quod vi aut clam* fue otorgado solamente para la tutela de la posesión sobre inmuebles).[5]

En la Edad Media, la distinción llegó a erigirse en parámetro fundamental, a la vez por razones económicas y sociales. Los inmuebles eran rodeados de especiales garantías y quedaron sometidos a un régimen especial, exorbitante, dada la escasa importancia concedida a los muebles. A partir de la época *carolingia*, los inmuebles constituyeron la principal riqueza, particularmente en los países esencialmente agrícolas de Europa Occidental. En la época feudal, el mayor volumen de las heredades se concentró en manos de la nobleza y del clero. La fortuna inmobiliaria quedó en poder del Tercer Estado (*res mobilis, res vilis*). Partiendo de esta situación, en la Edad Media se relacionó el paralelismo con un juicio de valor: "Inmueble" llegó a ser sinónimo de cosa preciosa, "mueble" se identificó con las *cosas despreciables*, lo que explica parcialmente el cuidado que tomaron las familias para conservar los inmuebles que les pertenecían, excluyéndolos de los bienes de la comunidad conyugal.

Jurídicamente la *summa divissio rerum*, practicada según un fundamento económico, forzó, por una parte, la adopción de reglas normativas distintas para ambas categorías y, por la otra, la necesidad de

5. *Cfr.* Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 103.

agrupar todas las entidades patrimonialmente apreciables en uno u otro rango.

No obstante, la realidad demostró que muchos inmuebles y plantaciones de escasa importancia rehuían el calificativo de cosas preciosas, y que, por oposición, la riqueza mobiliaria (especialmente a raíz del descubrimiento y colonización de América, determinante del gran reflujo de oro y plata a Europa), constituía un bien no despreciable. La aparición de considerables valores incorporales, una vez que la renta reemplazó el préstamo a interés, determinó la eclosión definitiva de la riqueza mobiliaria en el orden económico, conjuntamente con el nacimiento de una nueva clase social que dominaría el panorama histórico a partir de la Revolución Francesa: la burguesía.

De todas formas, la distinción ha perdido terreno. La necesidad de rodear de fórmulas de protección, la transferencia y la constitución de derechos sobre determinados bienes, ha desplazado el centro de interés hacia la organización registral comprensiva de tales operaciones. Y es en el derecho positivo donde puede encontrarse la respuesta sobre la registrabilidad o no de las cosas (*v. infra*, Nos. 16, A) y 19).

16. INTERÉS PRÁCTICO DE LA CLASIFICACIÓN

A) *Diferencias derivadas del régimen de publicidad*

Los inmuebles que materialmente tienen un asiento fijo en el espacio, se prestan al régimen de publicidad registral organizado como medio técnico de primer orden con miras a asegurar la eficacia de las transacciones que versen sobre tales bienes, en particular a través de los registros llevados por funcionarios administrativos con jurisdicción en el lugar donde los inmuebles están situados (*v.* arts. 1.915 y 1.920 del Código Civil). Un régimen registral de esa naturaleza no se dirige exclusivamente a los bienes inmuebles corporales, sino también a los inmuebles inmateriales.

En principio, el régimen de publicidad registral es inaplicable a los bienes muebles corporales y a los derechos que versen sobre muebles. Sin embargo, de acuerdo con la Ley de Navegación de 9 de agosto de 1944 (art. 15), para que un buque goce de la nacionalidad venezolana debe estar inscrito en el Registro de la Marina Mercante Nacional. Los documentos que acreditan derechos de propiedad sobre buques deben

registrarse en la Oficina Subalterna de Registro del lugar de matrícula de la nave, y se insertarán en los libros que al efecto llevan las Capitanías de Puerto. Y la Ley de Aviación Civil de 27 de diciembre de 1996 somete la eficacia de la transferencia de la propiedad de aeronaves, o de la constitución de gravámenes sobre los mismos bienes, frente a terceros, a la inscripción del título en el Registro Aéreo de la República de Venezuela (art. 62 conc., art. 68, ordinal a).

La necesidad de dotar de certeza ciertos negocios jurídicos y de hacer posible a los terceros el conocimiento del contenido de esos negocios, en particular aquellos que condicionan la transferencia del dominio y la constitución de garantías y derechos reales limitados, ha alimentado la tendencia, en los ordenamientos jurídicos actuales, de hacer extensible a ciertos bienes muebles los sistemas de publicidad registral, reservados en las legislaciones tradicionales a los bienes inmuebles. El registro de bienes muebles determinados, elimina así la incertidumbre acerca de la titularidad que ostenta el enajenante o el riesgo de adquirir como libre una cosa que se hallaba gravada. Pero la inscripción de los actos y negocios jurídicos mencionados resulta, no una condición de existencia de la relación misma, sino una forma de conferirle eficacia frente a los terceros y de salvar el obstáculo que podría implicar la aplicación de la primera parte del artículo 794 CC. (*infra*, Capítulo XII, N.° 93).

B) *Garantías reales*

a) La garantía real hipotecaria, en principio, sólo puede ser constituida sobre bienes inmuebles. La graduación de las acreencias hipotecarias se establece según el orden en que se hayan registrado, y se registrarán según el orden de su presentación (CC., art. 1897). Los muebles no son, en general, objeto de garantía hipotecaria (*v.*, arg. art. 1.881, ord. 1 CC.), salvo en los casos en que se prestan a publicidad formal. Así la hipoteca sobre aeronaves (art. 62 de la Ley de Aviación Civil de 27 de diciembre de 1996: "Las aeronaves son bienes muebles de naturaleza especial, *susceptibles de hipoteca*, que deben matricularse o inscribirse en el Registro Aéreo de la República de Venezuela").

b) La *anticresis* sólo puede constituirse sobre inmuebles (CC., artículo 1.855).

c) Los *muebles* son objeto de *garantía prendaria* (CC., art. 1.837). Excepciones: De acuerdo con lo preceptuado en la Ley del Instituto

de Crédito Agrícola y Pecuario de 13 de mayo de 1975, las operaciones del Banco pueden ser garantizadas con prenda agraria o prenda industrial. La prenda agraria podrá constituirse sobre animales de cualquier especie, sus crías y productos derivados, los *frutos pendientes* o cosechados, las máquinas y demás instrumentos rurales. La prenda industrial puede recaer sobre maquinarias, herramientas, útiles y demás instrumentos en general; naves, materiales, útiles e instrumentos destinados a la pesquería (*v.* arts. 20 y 22 de la referida ley). Muchos de estos bienes son, o pueden ser, inmuebles por destinación o por naturaleza conforme al CC. De igual modo, la prenda agraria o la prenda industrial que deberán garantizar la concesión de créditos agrícolas, según el artículo 114 de la Ley de Reforma Agraria de 5 de marzo de 1960, pueden recaer sobre bienes cuya naturaleza inmobiliaria –según la calificación del CC.– resulta evidente (plantaciones, cultivos, frutos pendientes, etc.). La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 21 de febrero de 1973, autoriza la constitución de esas garantías sobre los bienes específicamente señalados en el texto normativo, mediante instrumento público o instrumento privado autenticado o reconocido, que deberá ser inscrito en el Registro Público (arts. 1 y 4). La *hipoteca mobiliaria* y la *prenda sin desplazamiento de posesión* sólo podrán ser constituidas a favor de los titulares de créditos especialmente enumerados en el artículo 19 de la Ley. Podrán ser objeto de hipoteca mobiliaria los establecimientos mercantiles o fondos de comercio, los vehículos de motor y maquinaria automóvil incluso las locomotoras y vagones de ferrocarril, las aeronaves, la maquinaria industrial, el derecho de autor sobre las obras de ingenio y la propiedad industrial (art. 21). Por su parte la prenda sin desplazamiento de posesión puede constituirse sobre los frutos pendientes y las cosechas esperadas, los frutos o productos ya cosechados o separados del suelo, los animales de cualquier especie, así como sus crías y productos, los productos forestales cortados o por cortar, las máquinas, herramientas, aperos, útiles y demás instrumentos de las explotaciones agrícolas, pecuarias y forestales; la totalidad o parte de una colección de obras u objetos de valor artístico, científico o histórico, etc. (art. 51). La hipoteca constituida sobre un inmueble no abarca ni se extiende a los bienes sobre los cuales se haya constituido prenda sin desplazamiento y que hayan sido incorporados o entren a formar parte del

mismo (art. 52). Es de advertir que de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley citada, el vendedor de bienes susceptibles de ser adquiridos con reserva de dominio no puede exigir la constitución de hipoteca o de prenda sin desplazamiento de posesión para garantizar el pago parcial o total del precio, sancionándose con nulidad cualquier convención en contrario.

C) *Competencia judicial territorial*

La fijeza de los inmuebles justifica por qué, según el artículo 42 CPC., las acciones reales sobre bienes inmuebles se propondrán ante "la autoridad judicial *del lugar donde esté situado el inmueble*". Sin embargo, la propia norma citada deja a elección del actor proponer la demanda, bien en ese lugar, bien ante la autoridad judicial competente del domicilio del demandado, o la del lugar donde se celebró el contrato, *en caso de hallarse allí el demandado.*

En materia de acciones personales y de *acciones reales mobiliarias*, es competente el juez donde el demandado *tenga su domicilio*, o en defecto de éste, su *residencia*. Si el demandado no tuviere ni domicilio ni residencia conocidos, la demanda se propondrá en cualquier lugar donde él se encuentre. (CPC., art. 40).

D) *Venta con reserva de dominio*

Según la ley venezolana de venta con reserva de dominio (Decreto de la Junta de Gobierno de 26 de diciembre de 1958, número 491, que deroga la Ley de Venta con Reserva de Dominio de 14 de abril de 1955), sólo puede reservarse el dominio, en ventas a plazos, de los bienes muebles por su naturaleza hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio (artículo 1.°). En consecuencia, no pueden ser objeto de este tipo de operaciones los inmuebles por naturaleza o por destinación (cosas destinadas a ser parte integrante y constante de un inmueble, del cual no pueden separarse sin grave daño para éste) (artículo 3). En este último caso, la venta con reserva de dominio no tendrá efectos contra terceros. Tampoco pueden ser objeto de venta con reserva de dominio:

a') Las cosas destinadas especialmente a la reventa;

b') Las cosas destinadas a *manufactura o transformación que no sean identificables*. En los supuestos de *cosas no identificadas*, la venta con reserva de dominio no surtirá efectos contra terceros (art. 4).

E) *Medidas preventivas (o cautelares)*

De conformidad con el ordenamiento procesal venezolano, la prohibición de enajenar y gravar, sólo puede recaer sobre bienes inmuebles. Sobre los muebles podrá decretarse el embargo preventivo (CPC., art. 588). Por el contrario, el embargo ejecutivo puede ser referido tanto a los inmuebles como a los muebles, así como el secuestro.

F) *Conflicto de leyes. El principio "lex rei sitae"*

En materia de cosas y derechos reales, rige el principio de la *lex rei sitae*. Esta regla determina que la ley competente para regir los bienes y los derechos reales es la *ley del lugar donde están situados los bienes*.

El artículo 10 del Código Civil venezolano expresa:

"Los bienes muebles o inmuebles, situados en Venezuela, se regirán por las leyes venezolanas, aunque sobre ellos tengan o pretendan derechos personas extranjeras".

El Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamente), reafirma el principio en su artículo 105:

"Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de su situación".

Se adapta a este esquema solutivo el artículo 27 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998:

"La constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se sigue por el derecho del lugar de su situación".

Savigny había ya observado que, para cierta categoría de *bienes muebles*, era aplicable el principio *mobilia personam sequuntur*. Aludía a los llamados *bienes personalísimas*, cosas que se desplazan normalmente con el propietario o el poseedor. La aplicación de la regla *lex rei sitae* quedaría reservada de este modo a las cosas que, de ordinario, tienen una situación fija; trazado éste que preside el artículo 110 del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante):

"A falta de otra regla y además para los casos no previstas en este Código, se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el *domicilio* de su propietario o, en su defecto, en el del tenedor".

Oportuno resulta destacar que el artículo 28 de la ley de 6 de agosto de 1998, preceptúa que "el desplazamiento de *bienes muebles* no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior, "pero su oponibilidad a *terceros* está vinculada al previo cumplimiento de los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación"

G) *Tutela de la posesión*

La acción posesoria de amparo (*interdicto de amparo*), protege al poseedor legítimo de bienes inmuebles, derechos reales (inmobiliarios) y universalidades de bienes muebles. Fuera de la protección posesoria por esta vía se sitúan, en consecuencia, los bienes muebles aislados, como veremos en su oportunidad (*infra*, Capítulo VII, N.º 45). El *interdicto restitutorio* cumple una función tutelar, indistintamente, de los *bienes muebles e inmuebles*, al igual que el *interdicto de obra nueva* y el de *daño temido*, no obstante las vacilaciones que aún perviven con relación a estas dos últimas acciones, conforme se constatará (*infra*, Capítulo VII).

H) *Expropiación por causa de utilidad pública o social*

La Constitución de 30 de diciembre de 1999 prevé la expropiabilidad de *cualquier clase de bienes* sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización (art. 115). En consecuencia, la fundamentación básica de la expropiación no discrimina la categoría de las cosas comprendidas en el ámbito material de validez de la norma. El instituto, ubicado en el marco del derecho público, incide indistintamente sobre los muebles y los inmuebles,[6] pese a que la ley de expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social de 4 de noviembre de 1947 (ref. por Decreto N.º 184 de 25 de abril de 1958) se muestra francamente orientada a la expropiación de inmuebles (*v.*, arts 3, 7 y 11, entre otros).[7]

6. *V.*, en este sentido, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativo, de 24 de febrero de 1965 (*Gaceta Oficial* N.º 27.676 de 24 de febrero de 1965): "De acuerdo a las disposiciones señaladas, la expropiación es una institución de derecho público mediante la cual la administración, para el cumplimiento de fines públicos, logra coactivamente la adquisición de bienes muebles o inmuebles, siguiendo un procedimiento determinado y pagando una justa compensación".

7. La doctrina venezolana se inclina hacia la dirección trazada en la nota precedente. De *iure condendo*, sin embargo, el Dr. Tomás Polanco (*Derecho Administrativo Especial*. Cursos de Derecho, Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1959, pp. 152 y 153) insiste en la necesidad de consignar normativamente el procedimiento a aplicar en materia de expropiación de bienes muebles.

Se percibe también, en el sistema normativo venezolano una recepción no restrictiva de bienes expropiables, en la Ley sobre el Derecho de Autor de 16 de septiembre de 1993 (art. 23); en la Ley de Propiedad Industrial de 2 de septiembre de 1955 (art. 16: descubrimientos e invenciones que interesan al Estado o sean considerados fundadamente de interés público) y en la Ley de Aviación Civil de 29 de noviembre de 1996 (art. 16: aeronaves y sus accesorios, instrumentos, en caso de emergencia nacional o internacional, a juicio de las autoridades del orden administrativo).[8]

8. Otros dispositivos técnicos se hallan dispersos en leyes especiales. Así, en la Ley de Reforma Agraria de 5 de marzo de 1960, en la Ley de Inmigración y Colonización de 11 de julio de 1966 (art. 23), en la Ley de Minas de 28 de diciembre de 1944 (arts. 1, 18, 120, 122), en la Ley de Hidrocarburos de 7 de agosto de 1967 (arts. 1, 52, 55), en la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 30 de diciembre de 1965 (arts. 2, 15, 19, 20), en la Ley del Instituto Nacional de la Vivienda de 13 de mayo de 1975 (art. 49), en la ley de Aviación Civil (art. 37), en la Ley de Ferrocarriles de 2 de agosto de 1957 (art. 1), entre otras. Una sistemática recopilación de máximas y fragmentos de sentencias, además de la transcripción de las normas correspondientes, puede consultarse en: Brewer Carías, Allan Randolph: *La expropiación por causa de utilidad pública o interés social*, Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1966.

BIBLIOGRAFÍA

Además de las obras señaladas en el capítulo anterior, y que directamente apuntan a esta materia, consúltese:

Hernández Gil, Francisco: *Introducción al Derecho Hipotecario*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

Martín Pérez, Pascual: *Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959.

Planitz, Hans: *Derecho Privado germánico*. Traducción, Carlos Melón Infante. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957.

Polanco Alcántara, Tomás: *Derecho Administrativo Especial*. Cursos de Derecho. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 2.ª edición. Editor Borsoi, Río de Janeiro, 1954.

Capítulo IV
Bienes muebles y bienes inmuebles (cont.)

17. LA CATEGORÍA DE LOS BIENES INMUEBLES

De conformidad con el artículo 526, CC. venezolano, los bienes son *inmuebles por naturaleza, por su destinación y por el objeto a que se refieren.* Tal clasificación no se descubre en muchos textos positivos extranjeros,[1] ni ha sido constante en la historia del Derecho Civil venezolano.[2]

1. Así, en el Código Civil español, el legislador no practicó una distinción expresa similar a la recibida por el derecho venezolano. Tampoco en el Código Civil italiano de 1942 (artículo 812), ni en el Código Civil portugués en vigencia a partir del 1° de junio de 1967 (art. 204: "1. Son cosas inmuebles: a) Los predios rústicos y urbanos; b) las aguas; c) los árboles, los arbustos y los frutos naturales, en cuanto estuvieren ligados al suelo; d) los derechos inherentes a los inmuebles mencionados en los apartados anteriores; e) las partes integrantes de los predios rústicos y urbanos. 2. Entiéndese por predio rústico una parte delimitada del suelo y las construcciones existentes en él que no tengan autonomía económica, y por predio urbano cualquier edificio incorporado en el suelo, como los terrenos que les sirvan de asiento. 3. Es parte integrante toda cosa mueble ligada materialmente al predio con carácter de permanencia").
2. La *summa divissio rerum* recogida en el artículo 2 (Libro I, Título I, Ley Única, sección 2) del Código Civil venezolano de 1862, estaba constituida por los bienes corporales e incorporales. Dentro de los primeros figuraban los muebles y los inmuebles. Los inmuebles ("fincas o bienes raíces") eran definidos como bienes que no pueden transportarse de un lugar a otro. Como ejemplos típicos se incluían las minas, las

A estas tres especies fundamentales suelen agregarse en doctrina (mas no en Venezuela, por no existir puntos de referencia normativos) *los inmuebles por declaración*, esto es, *valores mobiliarios* (y, por tanto bienes inmateriales) que se trasmutan e inmuebles en virtud de una de-

tierras, y las cosas que se adhieren permanentemente al suelo como los edificios y los árboles (art. 4: Las casas y heredades se llaman predios o fundos). Los muebles, en este mismo Código, se definen como las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas mismas, como los animales (semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas (art. 3). En la Sección III (De las cosas incorporales) se incluían los derechos (reales y personales), reputándolos muebles o inmuebles según la naturaleza de las cosas en que han de ejercerse o son debidas (art. 15). Los hechos (prestaciones) debidos se reputaban muebles. En el Código Civil de 1867 –transcripción del Proyecto García Goyena (español)– se adopta como básica la división de los bienes en muebles e inmuebles. No se distingue cabalmente entre bienes inmuebles por naturaleza, por destinación o por determinación de la ley (art. 338), siendo simplista la concepción de los muebles (todos los bienes no comprendidos en la enumeración del artículo 338 se reputaban muebles: art. 339). Añade un subtítulo comprensivo de los bienes muebles, las cosas fungibles y no fungibles (art. 341) (en el mismo sentido: art. 337 CC. español). En el Código de 1873 (comentado por nuestro eminente jurista don Luis Sanojo) no se perfilan los planos en los cuales deben colocarse los inmuebles por naturaleza y los inmuebles por destinación (art. 433). Sin referirse directamente a la nomenclatura hoy empleada, el artículo 435 inserta los derechos y acciones en una enumeración donde aparecen las cosas que el propietario ha adherido al inmueble a perpetuidad y las estatuas colocadas en nichos expresamente construidos para ello o adheridas a inmuebles. Se repite el procedimiento de exclusión para situar jurídicamente los bienes muebles (art. 436), asimilándole los intereses y las acciones de las "sociedades de comercio e industria" aunque las mismas sean propietarias de inmuebles y hasta tanto no se produzca su liquidación. Los Códigos de 1880 (arts. 438 y siguientes), 1896 (arts. 445 y siguientes), 1904 (arts. 451 y siguientes), mantuvieron la misma línea normativa. El Código Civil de 1916 introduce la división de los inmuebles por naturaleza, por destinación y por el objeto a que se refieren (arts. 499, 505 y 507, especialmente). Tales rasgos, con pocas variantes debidas a la eliminación posterior de los contratos de aparcería y de otras instituciones, al menos en el plano legislativo, pervive aún (Código Civil de 1922, arts. 498 y siguientes; Código Civil de 1942, arts. 527 y siguientes). El Código de 1916 consideraba divididos los muebles por su naturaleza y por determinarlo así la ley (arts. 508 y 510); agregaba, en ese plano, los barcos, pontones, navíos, y baños colocados sobre barcos y, en general, las construcciones flotables (art. 511), a la manera del Código Civil italiano de 1865. Sobre la historia del Código Civil venezolano, y para la bibliografía correspondiente, *véase* nuestro prólogo a la obra *Estudios Escogidos*, de Luis Sanojo y Julián Viso. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Caracas, 1959.

claración emanada de su propietario, resultando su inmovilización meramente ficticia.[3] Tal sucedió en la hipótesis de las acciones del Banco de Francia (arts. 7 y 8 de la Ley francesa de 16 de enero de 1808) y de –en casos excepcionales– las rentas a cargo del Estado francés. Esta especie anómala, pese a su interés histórico, está llamada a desaparecer.[4]

I. *Los inmuebles por naturaleza*

La noción de inmuebles por naturaleza está construida en el Derecho Positivo sobre la base de las cosas corporales cuyo desplazamiento inmediato no puede realizarse. Son las cosas que, en razón de su naturaleza, no pueden trasladarse –por sí mismas– ni ser trasladadas; es decir, en primer plano, el suelo, sus partes constitutivas y todo cuanto se adhiere a él.[5] Envuelve, también, un grupo de entidades corpóreas de las cuales, si bien puede pensarse en una posibilidad de movilización, responden a criterios similares a los primeros en el orden práctico, lo que hace posible la asimilación de unos y otros (tal es el caso de los rebaños y las piaras, en las condiciones determinadas por el artículo 527 del Código Civil). Es oportuno destacar que la colocación especial de este último grupo en el sector de los inmuebles no depende de la titularidad que los sujetos ostenten con relación a las cosas, sino de la conjugación de ciertos factores, practicada por el ordenamiento normativo (*infra*, aparte D) y nota 19 de este mismo capítulo).

El artículo 527 contiene una amplia descripción *meramente enunciativa* de los bienes inmuebles por naturaleza. Reduciremos el estudio a un elenco escogido.

A) *Los terrenos*

Los terrenos (suelos, predios, fundos, o –menos frecuente– heredades) son partes de la corteza terrestre, determinadas o determinables por límites bidimensionales.[6] Originalmente el calificativo "predio" aludió a los fundos rurales, pero los romanos lo extendieron a los urbanos. En la profundidad los fundos comprenden sus componentes: arena, piedras, minerales preciosos, lo cual cobra relieve en la disociación del dere-

3. Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes)*, p. 54.
4. De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, tomo V, pp. 589 y ss.
5. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, I-1, p. 303.
6. Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Civil*, Parte General, II, p. 33.

cho de propiedad que pueden ostentar los particulares sobre estos componentes, y aquellos que, por prescripción de leyes especiales son bienes del patrimonio de la Nación y, por consiguiente, normalmente indisponibles por el propietario del suelo según las reglas del derecho común (así, en el caso de minerales reservados o localizables en zonas reservadas, o explotables mediante concesiones).[7]

B) *Los árboles*

Los árboles –vegetales, de modo genérico– adheridos al suelo, y mientras no hayan sido derribados o talados, se consideran inmuebles por naturaleza. Desde que los árboles han sido plantados, "con ánimo de que crezcan y se mantengan en el terreno, ya debe considerárseles como parte integrante del terreno, sin esperar a que hayan prendido, ni hacer distinción sobre sus cualidades o circunstancias" ("como árboles no pueden tener existencia independiente del suelo; un árbol arrancado no es árbol, sino leña").[8] El carácter inmobiliario que se adjudica a los árboles (hayan echado o no raíces para incorporarse a la tierra), es independiente de la consideración acerca de la persona que efectúa la plantación (propietario del suelo, usufructuario, arrendatario, poseedor). Con relación a los arbustos y plantas de semilleros, sembrados con ánimo de trasplantarlos a otro sitio, la doctrina actual los considera inmuebles, al margen de cualquier discusión sobre la provisionalidad del semillero.[9] Por el contrario, es mueble la planta separada del suelo y en tanto sea de nuevo replantada.[10] El CC. otorga el mismo carácter

7. El derecho brasileño afirma el carácter inmobiliario de los predios (el suelo y el subsuelo) y del "espacio aéreo" (Código Civil brasileño, artículo 43, I), así como de los árboles, frutos pendientes, edificios y construcciones que no pueden ser movilizados sin destrucción, modificación o fractura. El bien inmueble hace un todo, siendo el terreno el "núcleo". Sin el terreno no puede pensarse en la edificación. Véase: Pontes de Miranda, *op cit.*, p. 32. En sentido estricto, sólo el suelo y la superficie serían inmuebles por naturaleza, puesto que su conversión en muebles únicamente sería factible con alteración de su naturaleza (De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil...*, I, p. 359 y 360).

8. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 113.

9. *Cfr.* Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 114. En Venezuela, en contra: Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, II, p. 110.

10. Es diversa la situación de las plantas colocadas en vasos o vasijas, o en cajas aisladas del terreno, "aunque eventualmente enterradas, ya que forman de por sí entidades destacadas del suelo". Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 115.

a los frutos[11] de la tierra y de los árboles mientras no hayan sido cosechados o separados del suelo (art. 527).

A diferencia del suelo, el carácter inmobiliario de los frutos y las cosechas *es indirecto* (son inmuebles por naturaleza en tanto –y en la medida– en que formen un todo único con el suelo). Mientras la inmobilidad del suelo es perpetua, la de los vegetales y plantaciones es temporal. Para que los vegetales sean considerados inmuebles, es necesaria la incorporación al suelo. Desde el momento en que los árboles sean talados y los frutos cosechados, resulta indudable su carácter mobiliario.[12] Si sólo en parte es recogida la cosecha, esta parte se considerará mueble.

El legislador insiste en esta regla de evidencia indiscutible por razones históricamente comprensibles. En el antiguo derecho francés, numerosas costumbres confirieron la calidad de muebles a los *frutos maduros* aún no cosechados.

C) *Construcciones*

El aparte 1° del artículo 527, CC. venezolano, preceptúa que son también inmuebles por naturaleza los edificios y en general, toda construcción adherida de modo permanente a la tierra o que sea parte de un edificio. La interpretación aplicable a este aparte es (también) extensiva. La propia norma citada califica como inmueble los acueductos, canales, acequias que conducen el agua a un edificio o terreno y forman parte del edificio al que las aguas se destinan (con similar rango pueden incorporarse a la catalogación los conductores de gas y los tubos que resguardan los cables conductores de energía eléctrica, mas no la energía transportada, por razones obvias).[13]

11. Según Dominici, los frutos de los árboles y los minerales de las canteras conservan su cualidad de inmuebles mientras no sean recogidos o separados del suelo, "si por sí mismos cayeren o fueren extraídos o beneficiados; pero desde el momento en que se recogieren o levantaren, siquiera sea reunidos a pocos pasos de distancia se hacen muebles" (Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano*, I, p. 579). Tal criterio no es admisible sino con grandes reservas.

12. *Cfr.* Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, I-1, p. 304.

13. En la doctrina brasileña –nociones perfectamente adaptables a nuestro sistema– se consideran inmuebles los canales, los caños, los bancos del jardín fijados al predio, los aparatos de aire acondicionado embutidos en las paredes (Pontes de Miranda: *Op. cit.*, II, p. 32).

El artículo 334, ordinal 1°, CC., español, enumera entre los inmuebles los caminos. Practica una separación entre edificios y construcciones, no adaptable al Derecho venezolano.

El término *construcciones* se aplica a toda instalación que presente una adherencia al suelo, y a toda obra fija, sea en la superficie, sea en el subsuelo (sótano, subterráneos), sin que interese si la construcción ha sido levantada por el propietario del suelo o por un tercero.[14] La inmovilización "comienza con la incorporación y termina con la separación; puesto que la construcción no surge instantáneamente, hay inmovilización sucesiva, esto es, a medida que los singulares materiales son incorporados: los cimientos de un edificio o la construcción parcial son inmuebles no menos que el edificio completo, ya que no es la terminación lo que determina la inmovilización, sino la incorporación".[15]

Toda cosa no susceptible de desplazamiento inmediato sin ser previamente separada del suelo es, en principio, *inmueble por naturaleza*. Sin embargo, la doctrina tradicional y la jurisprudencia conceden enorme interés al *proceso de incorporación* y al grado de facilidad que exista para separar la construcción o los materiales de que está hecha. Por esto, pierden tal condición los materiales provenientes de la demolición de un edificio (CC., art. 534).[16]

Una visión casuística, en particular, de los elementos de conocimiento suministrados por la jurisprudencia, autoriza las afirmaciones siguientes:

a') Los andamios de madera, fácilmente desmontables, no pueden catalogarse entre los inmuebles.

b') Las casas de madera que no pueden transportarse sin ser desmontadas, son inmuebles por naturaleza.[17] Por el contrario, las casas prefabricadas, no obstante su destino, son muebles hasta tanto no sean fijadas al suelo.[18] Debe haber un cierto carácter duradero,

14. *Cfr.* Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, I-1, p. 304.
15. Biondi, Biondo, *Los bienes*, p. 116.
16. CC. venezolano, artículo 534: "Los materiales provenientes de la demolición de un edificio y los reunidos para construir uno nuevo, son muebles mientras no se hubieren empleado en la construcción".
17. *Cfr.* Borrel y Soler: *Derecho*, I (Parte General), p. 271.
18. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 118.

no efímero, en la unión de la construcción con el suelo, por lo cual las casetas y barracas erigidas con ocasión de las ferias o mercados no son inmuebles.

c') Los contadores de gas o de gasolina no son inmuebles cuando pueden ser desplazados sin resquebrajamiento o deterioro, o sin resquebrajar o deteriorar la parte del suelo al cual están apoyados.

En todo caso, la conjunción material con el suelo, formando un todo, es una *cuestión de mero hecho* que cae bajo la soberana apreciación de los jueces de mérito y escapa a la censura de Casación.

Como construcciones pueden considerarse: las bombas distribuidoras de gasolina, las vías férreas, los ascensores.

D) *Hatos, rebaños, piaras*

Con respecto a los hatos, rebaños, piaras y otros conjuntos de animales mansos o bravíos (inmuebles mientras no sean separados de sus pastos o criaderos), la Corte Superior en lo Civil y Mercantil del Estado Lara (Sent. de 3 de diciembre de 1952, en *Jurisprudencia de los Tribunales* II, p. 373), declara: "El fundamento de esta *ficción* de inmovilización que da carácter de inmuebles a cosas que en realidad son muebles [...] estriba en la razón práctica de que los accesorios deben seguir a los predios, en beneficio a la utilidad general, y para que rindan todo el provecho que son capaces de producir". Por consiguiente, el ganado, mientras permanezca en sus pastos o criaderos, es inmueble *y no susceptible de embargo preventivo*. Como se infiere de nociones ya expuestas, la asimilación es independiente de la conjugación, en un solo sujeto, de la titularidad sobre los animales y sobre el fundo en el cual se encuentran.[19]

19. Incide sobre el interesado la carga de la prueba de los extremos condicionantes del carácter inmobiliario atribuido al bien, para que pueda obtenerse la revocatoria de la medida. Si tal prueba no es aportada, el Tribunal no podrá suplir de oficio la excepción o defensa a fin de levantar la medida cautelar (Sentencia de la Corte de Casación, en Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, de 7 de noviembre de 1960, en *Gaceta Forense*, N.° 30, segunda etapa, pp. 17 y 18). Sólo interesa que el ganado esté en sus pastos o criaderos, es decir, en el fundo al cual pertenece, independientemente de quien sea propietario o poseedor del fundo. La apreciación que al respecto haga el juez del mérito no cae bajo la censura de Casación (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 5 de noviembre de 1965, en *Gaceta Forense*, N.° 50, segunda etapa, pp. 448 y siguientes). "La propiedad del fundo y la posesión que el propietario ejerza sobre él, amparan a los conjuntos de animales enunciados

Escapan, de otro lado, a esta categoría las reses colocadas en un fundo con el solo fin de cebarlas, siempre que estén separadas del ganado de cría, "porque si se hallan en el propio hato en que ésta se verifica, se catalogarán dentro de los inmuebles".[20]

II. Los inmuebles por destinación

A) Concepto

Según De Page, reciben esta denominación los objetos muebles por naturaleza, afectados por su propietario al servicio de un fundo que también le pertenece.

El artículo 528 del Código Civil preceptúa:

"Son inmuebles por su destinación: las cosas que el propietario del suelo ha puesto en él para su uso, cultivo y beneficio, tales como: los animales destinados a su labranza; los instrumentos rurales; las simientes; los forrajes y abonos; las prensas, calderas, alambiques, cubas y toneles, los viveros de animales".

Pero este concepto tradicional y técnicamente elaborado a través de la concurrencia de las notas señaladas (muebles por naturaleza, inmueble por naturaleza, y propietario de ambas cosas), y de la destinación de los bienes (uso, cultivo o beneficio del inmueble por naturaleza), experimenta un sensible desequilibrio en la parte final de la norma siguiente. En efecto, el artículo 529 del Código Civil textualmente expresa:

"Son también bienes inmuebles por su destinación, todos los objetos muebles que el propietario ha destinado a un terreno o edificio para que permanezcan en él constantemente, o que no se puedan separar sin romperse o deteriorarse o sin romper o deteriorar la parte del terreno o edificio a que están sujetos".

en el artículo 527 del Código Civil" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 1 de julio de 1969, en *Gaceta Forense*, N.° 65, p. 174).

20. Sanojo, Luis: *Instituciones...*, II, p. 11. Fulvio Maroi (Voz: "Beni inmobili e mobili", en *Nuovo Digesto Italiano*, II, p. 325) distribuye los bienes inmuebles por naturaleza en "inmuebles por naturaleza propiamente dichos" (el suelo, las construcciones, los molinos y otros edificios sobre pilastres o que formen parte de una fábrica), "inmuebles por incorporación" (adheridos al suelo natural o artificialmente; entre los primeros se cuentan las plantas y los frutos no cortados ni cosechados; entre los segundos, las construcciones fijas al suelo siempre que formen con él un solo cuerpo) y los "inmuebles por accesión a otro inmueble".

Mariangel Crevanto

Esta disposición recoge una serie de entidades que perfectamente puede encuadrar en el compartimiento de los *inmuebles por naturaleza*, según la misma tendencia tradicional ya conocida, a no ser que su inserción a la norma haya sido practicada con base en el solo influjo del sujeto calificado (propietario) que realiza la destinación. Sin embargo, esto último poco importaría a los fines de la unificación del régimen privativo que disciplina los bienes inmuebles en general, lo que de por sí constituye el propósito concreto del estudio.

Las dudas, de igual entidad, puesta de relieve en Italia por la doctrina basada en el Código Civil de 1865 –similar al Código venezolano en esta materia– quedaron superadas, al reformarse el texto positivo en 1942, dándole cabida a la noción de *pertenencia* (CC. italiano de 1942, art. 817; BGB., par. 97).[21]

El término "pertenencia" implica relación de subordinación de hecho de una cosa o de una pluralidad de cosas (pertenencias), respecto

21. Artículo 817 del Código Civil italiano de 1942: "Son pertenencias las cosas destinadas de un modo duradero al servicio o a la ornamentación de otra cosa. El destino se puede efectuar por el propietario de la cosa principal, o por quien tiene un derecho real sobre la misma". BGB, par. 97: "Son pertenencias las cosas muebles que, sin ser partes integrantes de la cosa principal, están destinadas a servir a la finalidad económica de la misma, y están con ella en una relación especial adecuada a ese destino. Una cosa no es pertenencia si en el tráfico no es considerada como tal. El aprovechamiento pasajero de una cosa para la finalidad económica de otra, no da lugar a la cualidad de pertenencia. La separación pasajera de una pertenencia de la cosa principal no suprime la cualidad de pertenencia". Código Civil portugués, artículo 210:1. "Son cosas accesorias o pertenencias las cosas muebles que, no constituyendo partes integrantes, están afectadas en forma duradera al servicio u ornamentación de otra". La sentencia de la Casación italiana, N.° 160, de 21 de enero de 1972, puntualiza: *Cosas accesorias* son aquellas que, "íntimamente ligadas a otras, están con éstas en relación de dependencia y forman parte constitutiva e integrante del todo, de manera que no se las puede separar sin que se altere la esencia y la función de este último". *Pertenencias* son cosas que conservan su individualidad y autonomía, y están colocadas en durable relación de subordinación con otras para servir al mejor uso de éstas y pueden ser separadas sin alterar la esencia y función del todo. Aquí el vínculo de subordinación lo constituye su destinación económica querida y actuada por el propietario para el servicio y la mejor utilización de la otra (En *Riv. di Diritto Civile*, N.° 5, 1972, p. 433).

de otra que otorga denominación y función al todo.[22] En virtud de ello, la pertenencia se estructura con base en la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) La *destinación* (como acto de disposición) de la cosa al servicio de otro bien. Tal destino, por regla general, es *objetivo* y se lo imprime la función que cumple la cosa principal;

b) La destinación debe ser hecha de *modo duradero*. No basta el simple destino accidental o temporal, así como tampoco se exige que sea perpetuo;

c) La situación de pertenencia puede serle impresa por el propietario o *por cualquier titular de un derecho real distinto* sobre la cosa principal, no por quienes ostentan sobre la cosa un simple derecho de crédito (derecho personal o de obligación), ni por los titulares de derechos reales que no involucran goce de la cosa (acreedores hipotecarios, por ejemplo). Con tal expediente, se ha practicado una radical distinción respecto de los inmuebles por destinación, regulados en el CC. italiano de 1865 en forma similar al vigente CC. venezolano;

d) La cosa principal puede ser mueble o inmueble. Por el contrario, el inmueble por destinación sólo se concibe a través del nexo de servicio existente entre un bien mueble por naturaleza y un inmueble por naturaleza. Por otra parte, dada la ausencia de distinciones, es perfectamente admisible la pertenencia inmobiliaria.[23]

El parágrafo 97 del BGB. exige, para la integración del concepto de pertenencia "una cosa principal, una cosa accesoria mueble independiente que esté destinada al servicio del fin económico de aquélla, que haya sido puesta ya en la relación especial que le corresponda con la cosa principal, que la utilización de la pertenencia para el fin económico de la cosa principal *no sea meramente transitoria* y que no sea excluida por el uso del tráfico".[24] De acuerdo con esta orientación, se considerarán pertenencias: las lanchas que se encuentran en un estanque cuando se arrienda la finca, los vehículos empleados por una fábrica para el acarreo de sus productos...

---

22. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 192.
23. Para el desarrollo del concepto de *pertenencia*, consúltese: Biondi, Biondo: *Los bienes*, pp. 118 y ss.
24. Martín Pérez, Pascual: *Estudios sobre el Derecho Privado*, p. 167.

Diversa es la figura de las partes *integrantes*, la cual se construye mediante la conjunción de dos elementos:

a) La conexión corporal o material;

b) Que el todo de que forma parte se considere, en el tráfico jurídico, como una cosa.[25] Los parágrafos 93, 94, 95 y 96 del BGB., delimitan los objetos descriptibles como "partes integrantes". El parágrafo 93 define como partes integrantes esenciales, aquellas que no pueden separarse de las cosas sin que unas u otras se destruyan o sin que las cosas sean modificadas en su esencia. Tales partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. La doctrina alemana, por otra parte, alude a la noción de *partes integrantes aparentes* para referirse a "las que están unidas o incorporadas al edificio para un fin transitorio, como el escenario instalado para una sola representación teatral".[26] Según el parágrafo 96 del BGB., inciden en la categoría de partes integrantes los derechos que están unidos a la propiedad de una finca.

B) *Motivos técnicos de la inmovilización por destinación*

"La ficción que confiere a ciertos muebles por naturaleza la cualidad de inmuebles es un procedimiento técnico que impide la disociación, por el empleo de reglas jurídicas diferentes a ciertos bienes que económicamente forman un todo. Tales objetos (mobiliarios) que son accesorios de un fundo, correrían el riesgo –dada la dualidad de reglas aplicables– de quedar segregados del régimen del fundo del cual dependen. Asegurando la uniformidad de las reglas jurídicas aplicables, la ficción de inmovilización salvaguarda la unidad económica de los bienes".[27]

C) *Caracteres particulares de los inmuebles por destinación*

El carácter físico que ha servido de base estructural de los inmuebles por naturaleza, no es útil para la definición de los inmuebles por destinación. Los objetos a que aquí nos referimos son *muebles por naturaleza*, pero están sometidos al mismo régimen de los *inmuebles por naturaleza*. Son, en consecuencia, susceptibles de *desplazamiento in-*

---

25. Martín Pérez, Pascual: *Op. cit.*, p. 166.
26. *Ibíd.*, p. 167.
27. *Véase* Ripert-Boulanger: *Traité de Droit Civil*, II, pp. 759 y 760. En la misma dirección: Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil mexicano*, tomo II, México, 1963, pp. 72 y 73.

mediato, pero están asimilados a los inmuebles cuando sean afectados *por su propietario* al servicio de un inmueble.

Doctrinariamente, la asimilación se justifica por el hecho de que el mueble está afectado al servicio del inmueble cuando estos bienes se complementan.

Todo ello supone que el mueble afectado y el inmueble al cual se afecta pertenezcan *a un solo propietario*. El problema más agudo se plantea cuando los muebles (desde el ángulo de los intereses de terceros) no pueden ser separados del inmueble.

D) *Consecuencias prácticas de la inmovilización*

a') *Hipoteca*

De conformidad con el artículo 1.880 del CC. venezolano, la hipoteca se extiende a todas las mejoras, a las construcciones y demás accesorios del inmueble hipotecado. La garantía, por tanto, cubre los inmuebles por destinación, sin que sea necesario describirlos ni especificarlos en el documento constitutivo.[28]

b') *Venta*

Según el artículo 1.495 del CC., "la obligación de entregar la cosa (tradición) comprende la de entregar sus *accesorios* y todo cuanto esté destinado a perpetuidad para su uso". Observa Sanojo que si se enajena, por ejemplo, una casa decorada con estatuas en nichos o pedestales propios, el enajenante no podrá disponer de esos objetos después de verificada la venta.[29] Las reglas jurídicas aplicables a un conjunto económico de bienes actúan independientemente de la voluntad del propietario y aun contra esa voluntad. El propietario (sólo él, o sus herederos) es absolutamente libre de separar un inmueble *por destinación* de un inmueble por naturaleza. Por ejemplo: en el acta de la venta, el propietario puede especificar que determinados inmuebles por destinación no están comprendidos en el negocio.[30]

c') *Acciones posesorias*

Los objetos muebles (inmovilizados) pueden ser protegidos por la acción interdictal de *amparo* (CC., artículo 782).

28. *Cfr.* Dominici, Aníbal: *Comentarios...*, I, p. 581. Sanojo, Luis: *Instituciones...*, IV, p. 312.
29. Sanojo, Luis: *Instituciones...*, II, p. 13.
30. Riper-Boulanger: *Traité...*, II, p. 760.

d') *Embargo preventivo*

El embargo preventivo no puede ser ejecutado sino sobre bienes muebles en poder del demandado (artículo 588, ord. 1°. CPC.).

En consecuencia, si el embargo se ejecutare sobre animales no separados de sus criaderos (art. 527) o sobre inmuebles por destinación (art. 528), debe prosperar la oposición formulada, puesto que se trata de bienes que nuestro CC. califica como inmuebles.[31]

E) *Posibilidad de la inmovilización*

Puesto que la inmovilización (por destinación) supone la intención del propietario de los bienes muebles, de afectarlos al uso, cultivo y beneficio del fundo (en su más amplio sentido), se requiere:

a) Un inmueble por naturaleza;

b) Un bien mueble;

c) La pertenencia de ambos bienes al mismo sujeto.

31. *V., supra*, nota 19. También: Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 27 de abril de 1960: "No teniendo el demandado la cualidad de propietario del terreno donde se encontraba la cosa embargada, ésta no puede considerarse inmueble por destinación" (*JTR.*, vol. VIII, 1960, p. 312, N.° 1). En contra, pero con argumentación desechable: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo del Estado Lara de 5 de mayo de 1955: "Funda el apoderado de la demandada su oposición a la medida de embargo [...] en que dicha medida recayó sobre maquinarias adheridas al suelo que no pueden separarse de él sin deteriorar la parte del terreno a que están sujetas" y que, en consecuencia, "éstas son *inmuebles por su destinación* y, por ende, no podían ser objeto de medida de embargo (preventivo)" [...] "A este respecto cabe observar que, siendo la empresa embargada de carácter mercantil, toda la maquinaria y sus anexos forman parte de una manufactura amparada por una firma comercial no tangible y la maquinaria no constituye, por su destinación parte del inmueble sino de la manufactura misma, es decir, que son accesorios de la empresa, no del inmueble, y, por tanto, deben reputarse bienes muebles pertenecientes a la firma" (*JTR.*, tomo IV, vol. I, 1954-1955, p. 600, N.° 11). La Ley de Reforma Agraria de 5 de marzo de 1960, sitúa fuera del alcance de las medidas judiciales, preventivas y de ejecución, las plantaciones, semillas, animales, enseres y útiles necesarios para el cultivo de parcelas sometidas al régimen creado por la citada ley, por motivo de las obligaciones contraídas por los parceleros, excepto en las hipótesis de las obligaciones asumidas con motivo, o en razón, de créditos previamente autorizados por el Instituto Agrario Nacional (L.R.A., art. 85). Una aplicación concreta de este dispositivo es la sentencia del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, de 14 de octubre de 1960 (JTR., vol. VIII, 1960, p. 311, N.° 1).

Tal caracterización es observada por Dominici,[32] cuya exposición amplía notablemente el esquema precedente. Para el jurista nacional, las cosas muebles se hacen inmuebles por destinación:

a') Cuando se encuentran efectivamente en el fundo, aunque hayan sido destinadas a él *temporalmente*;

b') Cuando han sido colocadas en el fundo por el propietario de éste, cuando lo es, asimismo, de las cosas afectadas;

c') Cuando han sido puestas o llevadas allí en *interés o servicio del fundo*, pues no alcanzarían la inmovilización si estuvieran en el predio para guardarlas o cuidarlas. Por tanto, no se convierten en inmuebles por destinación las cosas llevadas al fundo por el arrendatario, o por el comodatario, aun cuando las dedique a la explotación del suelo, o por el usufructuario, o el enfiteuta.

F) *Casos particulares*

a') *Inmovilización a través de representantes*

La doctrina admite, de manera unánime, la posibilidad de que la inmovilización se logre por la intervención del representante del propietario, siempre que aquél exprese la voluntad del propietario y actúe efectivamente en su interés. Al respecto, es indiferente la condición del representante (legal o convencional).

b') *Inmovilización por el copropietario del fundo*

Uno de los derechos fundamentales del copropietario, se expresa en el uso de las cosas según su destinación y en la medida compatible con los derechos cualitativamente idénticos de los demás comuneros. Cualquiera de los comuneros puede, en razón de ello, afectar al servicio del fundo común cosas naturalmente muebles, aun cuando le pertenezcan exclusivamente.

c') *Caso del poseedor legítimo*

El poseedor del fundo (cuando no resuma, a la vez, la cualidad de propietario), ¿puede afectar muebles por naturaleza al uso, beneficio o servicio del fundo poseído? La doctrina extranjera distingue:

a") En sus relaciones con el *propietario*, la inmovilización por destinación de las cosas no es concebible. Esta circunstancia resalta,

32. Dominici, Aníbal: *Comentarios...*, I, p. 579.

en especial, en cuanto a los efectos de la acción reivindicatoria promovida por el dueño del fundo, la cual se concretará (o deberá siempre concretarse) al inmueble.

b") Las mismas cosas, por el contrario, deben considerarse inmovilizadas en las relaciones *entre el poseedor (legítimo) y los terceros no propietarios*, ante los cuales en apariencia asume la cualidad de dueño.[33]

G) *Manifestación de la inmovilización frente a terceros*

La inmovilización debe revelarse a los terceros. Si la intención del propietario fuese suficiente para provocarla, los terceros estarían expuestos a no pocas maniobras perjudiciales. Por ello, la doctrina exige que esa intención esté acompañada de *ciertos índices externos*, objetivos: el servicio ostensible al fundo o la adherencia manifiesta.

Es controvertible la expresión empleada por la norma, "al servicio del fundo". La misma parece requerir que la cosa sea necesaria a la explotación del predio, ya que muchos tratadistas definen los inmuebles por destinación como los objetos que *no podrían ser separados del fundo sin hacer imposible su explotación*. En este sentido (pero también en dirección opuesta), existen en Francia y Bélgica numerosas decisiones.[34]

El artículo 528 del CC. venezolano ofrece algunos ejemplos de inmuebles por destinación: animales dedicados a la labranza, instrumentos rurales, simientes, forrajes y abonos, prensas, calderas, alambiques, cubas y toneles. Como se evidencia, la ley destaca sobre todo la explotación agrícola. No obstante, carecería de sentido la exclusión de muebles afectados a explotaciones *comerciales o industriales*.

H) *Cesación de la inmovilización por destinación*

La afectación finaliza (como se inició) *por una manifestación de voluntad* del propietario. Tratándose de un acto unilateral cumplido en el interior de un patrimonio, para que alcance plena eficacia ha de revelarse *tácitamente* (por ejemplo, mediante la afectación del bien a un inmueble distinto perteneciente a otro propietario, o a un inmueble

33. Ripert-Boulanger: *Traité...*, II, p. 762. Tal distingo difícilmente tendría aceptación en Venezuela.

34. De Page, Henri: *Traité élémentaire...*, tomo V, p. 610.

del cual sea arrendatario el dueño de la cosa, o por la aplicación de la cosa afectada a un uso diferente), o *expresamente* (si, por ejemplo, "al vender el inmueble a que servían [las cosas] se reserva la facultad de disponer de ellas").[35]

Hallándose los terceros interesados en la inmovilización, la desafectación de tales bienes, no debe perjudicar sus derechos. La cuestión se plantea con mayor rigor con relación a los acreedores *hipotecarios*, para quienes la venta separada de los inmuebles por naturaleza y de los inmuebles por destinación, podría representar una disminución consecuencial de la garantía.

III. *Inmuebles por el objeto a que se refieren*

A) *Carácter discutible de la categoría*

Los planteamientos precedentes se refieren a cosas corporales. Y, en realidad, la distinción entre muebles e inmuebles responde a la naturaleza de las cosas y concierne en principio al mundo físico. Siendo *incorporales* los bienes agrupados en este rubro, no son, por su esencia, muebles e inmuebles.[36]

Hablar de *inmuebles incorporales*, por ello, resultaría un contrasentido. Sin embargo, dentro del cuadro del ordenamiento jurídico venezolano, la estructura del artículo 530 del CC. obliga a aplicar esta terminología, que debería ser erradicada. La doctrina alemana ha descartado la ubicación de los derechos y las acciones dentro de las categorías básicas acogidas por los sistemas recortados sobre el modelo francés.

B) *Derechos reales*

El artículo 530 del CC. cita, entre los inmuebles por el objeto a que se refieren "los derechos del propietario y los del enfiteuta sobre los predios sujetos a enfiteusis; las servidumbres prediales y la hipoteca; los derechos de usufructo y de uso sobre las cosas inmuebles y también el derecho de habitación; las acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o a reclamar derechos que se refieran a los mismos".[37]

35. Dominici, Aníbal: *Comentarios...*, I, p. 580.
36. Semejante es, en el fondo, la tesis de Dominici (*Comentarios...*, I, p. 584): "Parece que las cosas incorporales deberían estar fuera del alcance de la división de *muebles e inmuebles*, visto que no son más que abstracciones jurídicas incapaces de reposo o movimiento. No obstante ello, la ley las califica, porque de aquella división derivan derechos diferentes para la adquisición, transmisión y otros efectos legales en que pueden hallarse los bienes...".

Salta a la vista el carácter artificial de la clasificación. Tratándose de bienes incorporales (bienes inmateriales), carece de sentido la ubicación que se les asigne dentro de alguna de las categorías estudiadas. No obstante, la *summa divissio rerum* practicada legalmente, conduce necesariamente a extender la calificación a todos los bienes del patrimonio, incluso a los derechos reales. "El criterio seguido por el legislador es el de considerar el objeto a que se refiere el derecho".[38] De esta forma, los derechos reales sobre inmuebles, el usufructo de bienes inmuebles (no el que tiene por objeto cosas muebles), el derecho de uso de inmuebles, el derecho de habitación y la anticresis, pertenecen a la categoría apuntada.[39]

Para que un derecho ingrese en la categoría de los inmuebles, y le sea aplicable el mismo régimen que a éstos, es necesario que concurran los requisitos siguientes:

a') *Debe tratarse de un derecho real*

La cualidad de mueble o inmueble se aplica sobre todo a la cosa que forma el objeto de un derecho de esta naturaleza. El CC. vigente alude al "derecho del propietario" sobre los predios sujetos a enfiteusis. La recta interpretación de las normas parece referirse, sobre todo, no al derecho de propiedad en sí, sino al derecho del concedente del fundo, ajustándose así a la terminología en el CC. italiano de 1865 (art. 415).

b') El derecho real debe referirse a bienes inmuebles

Es precisamente el objeto "el que atribuye al derecho carácter inmobiliario".[40]

37. Conforme al artículo 44 del Código Civil brasileño, se consideran inmuebles a los efectos legales: "I) Los derechos reales sobre inmuebles, inclusive la prenda agrícola, y la acciones que los aseguran; II) Los títulos de la deuda pública; III) El derecho a la sucesión abierta". Véase: CC. mexicano, artículo 750, fracción XII: Son bienes inmuebles [...] "los derechos reales sobre inmuebles", y artículo 204, par. 1 del Código Civil portugués de 1966: Son inmuebles [...] "los derechos inherentes a los inmuebles mencionados en los apartados anteriores (predios rústicos o urbanos, las aguas, los árboles y los frutos naturales en cuanto estuvieren ligados al suelo, las partes integrantes de los predios rústicos o urbanos)".
38. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 121.
39. *Cfr.* Pontes de Miranda: *Tratado...*, II, p. 37.
40. Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 123.

C) *Derechos de crédito*

Si la atribución a los derechos reales del carácter mobiliario o inmobiliario es, desde cierto ángulo, defendible, no ocurre lo mismo con los derechos de crédito (obligaciones). Los inmuebles por el objeto a que se refieren comprenden los derechos reales constituidos sobre inmuebles, y los derechos de crédito se encuentran marginados de este rubro. Por ello –y prescindiendo de las ubicaciones extremas–, la doctrina tradicional coloca todos los derechos de crédito en el rango de los muebles,[41] por razones históricas y en la medida en que se los considere objetos de derechos (así, nada impide la constitución de un derecho real de usufructo, o de una prenda, sobre créditos).[42]

Las controversias planteadas doctrinalmente con relación al crédito hipotecario, han sufrido una interferencia aparentemente solutiva en la jurisprudencia venezolana. La Sentencia de la Corte de Casación de 6 de agosto de 1957, en efecto, atribuye al crédito hipotecario naturaleza inmobiliaria, en parte por la asimilación literal del contenido del artículo 1.882 del Código Civil, en concordancia con el ordinal 1° de la norma precedente. El argumento de Casación suscita, no obstante, importantes reservas.[43]

41. *Véase*, Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil mexicano*, II, p. 74, con referencia directa al derecho mexicano.
42. *Cfr*. Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance*, pp. 51 a 53.
43. *Véase*, *Gaceta Forense*, N.° 17, segunda etapa, julio a septiembre de 1957, pp. 197 y ss. El fallo introduce en su parte motiva la conclusión siguiente: "Al asentar la recurrida, como lo hace, que el crédito hipotecario es un bien mueble, para deducir de tal premisa que su cesión produce efectos contra terceros aun sin la formalidad del registro, incurre en evidente violación de los preceptos que han sido denunciados. En efecto, si únicamente los bienes inmuebles son susceptibles de hipoteca (art. 1.881 del Código Civil), *y el crédito hipotecario puede ser hipotecado* (art. 1.882 del Código Civil), es evidente que el legislador patrio ha reputado dicho caso como de *naturaleza inmobiliaria* [...] La hipoteca es inmueble a tenor de lo dispuesto en el artículo 530 del Código Civil y todo acto entre vivos, sea a título gratuito o a título oneroso, traslativo de propiedad de inmuebles o de otros derechos susceptibles de hipoteca, debe registrarse" (art. 1.920 del Código Civil). En sentencia de 3 de julio de 1968 (*Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 61, p. 213) la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, decidió que la cesión de un crédito hipotecario no es inexistente aunque el documento contentivo de la negociación no esté protocolizado. "La falta de protocolización tiene como única consecuencia la de que el acto no tiene ningún efecto *contra terceros* que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado

D) *Las llamadas "acciones en justicia"*

Una categoría legal singular de "bienes" inmateriales declarados inmuebles por el objeto a que se refieren, la integran las acciones *relativas a los derechos inmobiliarios.*

Para que una acción sea inmobiliaria desde el ángulo normativo, no basta que se relacione con inmuebles. Es preciso que se dirija a la protección de derechos inmobiliarios lo que, sustancialmente, implica un conflicto sobre esta clase de derechos. Ejemplo: la acción tendiente a hacer declarar la medianería de una pared, la acción confesoria, la acción hipotecaria.

Adherido a la teoría tradicional, Sanojo sostuvo que las acciones tendientes a recuperar bienes o derechos inmobiliarios, aun aquellas que derivan de un *derecho personal* con tal que *su objeto sea un inmueble* o un derecho relativo a él, son inmuebles.[44] Proponía como ejemplos: la acción de resolución de contratos que versan sobre inmuebles, la acción revocatoria de donaciones de inmuebles por inejecución de las condiciones a las cuales estén sujetas.[45] En contra de esta postura, en la actualidad la mayoría de los autores sugiere una rigurosa distinción previa a la calificación de la naturaleza de la acción.[46]

legalmente derechos sobre el inmueble, esto es, que el beneficiario del título no registrado no puede hacerlo valer con éxito para reclamar su derecho frente a quien por un título cualquiera haya adquirido y conservado la cosa". No así cuando –en la especie– el cesionario formule oposición a una medida de prohibición de enajenar y gravar un crédito hipotecario con base en un documento de cesión de éste reconocido por ante una Notaría.

44. Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, II, p. 12.
45. *Véase*, asimismo, sobre las direcciones dominantes bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1865: Biondi, Biondo: *Los bienes*, p. 126. En sentido coincidente con la doctrina tradicional y, en especial, para la identificación de la acción con el derecho debatido, consúltese Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes)*, p. 55, N.° 2.233, aunque reconoce que debe mantenerse una categoría especial de las acciones, tanto entre los muebles, como entre los inmuebles.
46. *Véase* Ripert-Boulanger: *Traité...*, II, p. 769.

18. LA CATEGORÍA DE LOS BIENES MUEBLES

El artículo 531 del CC. enumera las categorías básicas de los bienes muebles en el sistema positivo venezolano.

La descripción contenida en esta norma no ofrece, sin embargo, carácter limitativo.

Los bienes son *muebles por su naturaleza* ("todas las cosas móviles, susceptibles de traslado, que no estén ni afectadas a la explotación de un fundo, ni unidas de manera permanente a un fundo"),[47] *por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley*. Suele agregarse, en doctrina, los muebles *por anticipación*.

Con el fin de evitar las posibles confusiones terminológicas generadas por la construcción de la citada norma, en la actualidad se prefiere distinguir dos clases genéricas dentro de la categoría de los muebles;

1) Los *muebles por naturaleza* (muebles corpóreos), y

2) Los *muebles incorpóreos* (muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley).

I. *Muebles por naturaleza (muebles corpóreos)*

El artículo 532 del CC. suministra una definición bastante amplia sobre los bienes muebles por naturaleza. Entre los mismos, cabe ubicar las cosas cuya movilidad –practicadas las debidas distinciones– es evidente: los títulos valores, los materiales de construcción, aunque estén destinados a la construcción de un edificio, las naves y las aeronaves (pese a que les es aplicable, respecto de ciertos negocios jurídicos, un régimen similar al de los inmuebles), el gas, las ondas eléctricas y radiofónicas, y la energía nuclear, aun cuando su tratamiento jurídico haya sido sustraído al régimen de la propiedad ordinaria.[48]

47. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, I-1, p. 313.

48. En contra, entre otros: Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil* (Los bienes), p. 57, N.° 2.240-bis, por lo que atañe a las ondas eléctricas, pero se inclina por otorgar naturaleza mobiliaria al gas captado, o fabricado. A favor de la consideración de la energía eléctrica dentro de la regulación jurídica de los muebles, véase: Francisco Candil: "La electricidad como objeto de derecho", en *Revista de Derecho Privado*, 1925, p. 187.

Sin embargo, ni siquiera alcanza rango de cosa la energía humana desplegada en el trabajo o en la mera actividad física porque, o es inseparable de la persona que la genera, o lo es sólo en cierto sentido, como la "energía intelectual", que, traducida en la obra del ingenio, es objeto de derechos.[49]

II. *Muebles por el objeto a que se refieren o por determinación de la Ley*

El derecho positivo considera muebles los bienes inmateriales según el objeto a que se aplican o conforme a la determinación de la ley (artículo 533 del Código Civil venezolano).[50]

A) *Derechos reales mobiliarios*

Se insertan entre ellos el derecho de usufructo sobre cosas muebles y la prenda.

B) *Acciones*

Por definición, todas las acciones que sancionan derechos reales mobiliarios asumen la investidura de *acciones mobiliarias*.

C) *Intereses y acciones de sociedades civiles y mercantiles*

Suelen calificarse como "interés" o "cuota de participación", el derecho del asociado en las sociedades de personas o en aquellas en las que la persona de los socios adquiere importancia destacada, y como "acción", el derecho del asociado en las sociedades de capitales.

Los intereses y acciones son *muebles* aun cuando la sociedad sea propietaria de bienes inmuebles, por determinarlo así la ley (Código Civil, art. 533). "En efecto, la sociedad es siempre una persona jurídica distinta de las personas de los asociados; tiene un patrimonio, distinto de los patrimonios de los socios. En consecuencia, si existen

49. En el campo del derecho laboral se rechaza, en la actualidad, el carácter de "cosa" aplicable al trabajo humano.

50. Conforme al artículo 46 del Código Civil brasileño, considéranse muebles para los efectos legales: I) Los derechos reales sobre objetos muebles y las acciones correspondientes; II) Los *derechos de obligación* y las acciones correspondientes; III) Los derechos de autor. El artículo 764 del Código Civil mexicano reputa bienes muebles por determinación de la ley: "Las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o *cantidades exigibles* en virtud de acción personal".

inmuebles en el patrimonio de la sociedad, es ésta la propietaria de aquéllos; es ella, y no los socios, la titular del derecho real inmobiliario...".[51]

Los derechos de los asociados se reputan mobiliarios hasta que termine la liquidación de la sociedad, en el caso normativamente regulado (Código Civil, art. 533), porque, realizada esta hipótesis, el "derecho" del antiguo asociado incide sobre el inmueble o la porción del inmueble que le hubiere correspondido en la liquidación.

Por tanto, esquemáticamente, la situación se resume así:

a) En tanto subsista la sociedad, el socio tiene derecho a una parte de las ventajas (dividendos, etc.) que, según los instrumentos sociales, procuren los negocios u operaciones de la persona jurídica (especialmente tratándose de sociedades que persiguen fines lucrativos).

b) Consumada la disolución y liquidación, el asociado tiene derecho sobre una parte del activo social remanente.

La vigencia de la movilidad del derecho coincide con la existencia misma de la sociedad.

D) *Rentas*

Doctrinariamente, la renta es una prestación periódica que una persona debe a otra y que se satisface en especie o en dinero.

Este derecho puede abarcar toda la vida del sujeto pretensor, y, por tanto, obligar durante la misma al deudor de la renta (renta vitalicia), o puede hallarse temporalmente limitada (renta temporal).

El rasgo característico del acto constitutivo de renta es, pues, el de conferir un derecho a su pago. La renta (vitalicia o temporal) debe situarse dentro del rango de los muebles, independientemente de que el obligado sea el Estado o un particular. Quedan a salvo, respecto del Estado, las disposiciones legales sobre la *deuda pública* (art. 533, último aparte, CC. venezolano).

51. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones*..., I-1, p. 322.

III. *Muebles por anticipación*

El principio general conforme al cual la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes no se supedita a la voluntad del sujeto, ofrece una derogación parcial en los *muebles por anticipación*.

"Un bien, actualmente, y sin ninguna duda, inmobiliario, es susceptible de revestir el carácter mobiliario por razón de las estipulaciones de que ha sido objeto, del punto de vista desde el que se le considera por las partes, no en su forma actual, sino en su destino futuro, en su virtualidad".[52] La teoría dominante en Francia presenta, a manera de ejemplo, el caso de la venta de la cosecha futura que, por razón de la finalidad perseguida por las partes, se considera mueble.[53]

Se observa:

a) El acto unilateral de voluntad no provoca la transformación del bien (inmueble) en mueble. En consecuencia, tal papel está reservado al consentimiento (conjugación de voluntades) de los términos subjetivos integrantes de la relación contractual.

b) La inmovilización interesa durante un período relativamente breve. No es durable, puesto que se produce en el momento en que el intercambio de voluntades lo destina a seguir la suerte de los bienes mobiliarios.

Esta nueva especie, aparentemente ha obtenido resonancia en la doctrina y penetra en el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Reforma del Código Civil francés, cuyo texto sobre los bienes (art. 5) alude expresamente a los muebles por anticipación con relación a los frutos, las cosechas y los productos del suelo cuando integran el contenido de relaciones jurídicas contractuales.[54]

52. Josserand, Louis: *Derecho Civil*..., I-2, p. 47.
53. Podría agregarse que la movilización por anticipación autorizaría la constitución de garantía prendaria sobre frutos aún pendientes (*Cfr.* Rojina Villegas, Rafael: *Compendio*, II, p. 75).
54. "Los vegetales son inmuebles por naturaleza mientras permanezcan unidos al suelo. No obstante, las cosechas, los frutos y los productos del suelo se consideran por anticipado como muebles en los actos de disposición en que sean separadamente el objeto" (Artículo del Anteproyecto de Reforma del Código Civil francés).

19. CONCLUSIONES

En tanto la distinción entre las dos categorías fundamentales de los bienes repose sobre los datos suministrados por la naturaleza física, la misma es perfectamente admisible, siempre que coincida con un régimen diverso para cada una.

Sin embargo, la catalogación de los textos positivos obliga a la inclusión de entidades inmateriales en sus cuadros, lo cual determina que la construcción, en el fondo, sea puramente *convencional*.

A los inmuebles por naturaleza, se han agregado los inmuebles por destinación (que son muebles) y los inmuebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley (que son entidades inmateriales).

Tal construcción jurídica parte, de una base simplista. Todo bien, cualquiera que sea, resulta *mueble* o *inmueble*, lo cual –en opinión de De Page– es *falso, anticuado y nefasto*.[55]

La distinción es *falsa* porque existen bienes que no son muebles o inmuebles: los derechos; *anticuada*, porque supone un estado de cosas más simples que el actual en que inmueble era sinónimo de cosa *preciosa* en tanto que el mueble lo era de cosa *despreciable*; y *nefasta*, porque obliga a colocar en la categoría de (cosas menos preciosas) muebles todos los bienes de naturaleza incierta, y conduce a la elaboración de una cadena de ficciones.

Es, por tanto, una distinción aproximativa cifrada en un juicio de valor cuya raíz arranca en la Edad Media. Descartemos, propone De Page, las reglas jurídicas que proceden de ese juicio y nos quedaremos únicamente con las cosas que en realidad merecen uno u otro distintivo conforme a su naturaleza. Se observa, entonces:

a) Que los inmuebles se prestan a la publicidad registral y que, de modo genérico, los hechos y actos jurídicos no se prestan a ella.

b) Que todas las demás reglas utilizadas para distinguir los muebles y los inmuebles proceden de esta diferencia (oponibilidad de las negociaciones, derecho de persecución, prescripción adquisitiva, garantías reales).

55. De Page, Henri: *Traité élémentaire...*, tomo V., p. 648.

Es, por tanto, necesario inferir que la base de una distinción racional de los bienes procede, no de la movilidad de los bienes, sino de su "aptitud para ser objetos de publicidad registral".[56]

Tal distinción supone un viraje radical desde el ángulo legislativo. De producirse una sustitución en el cuadro de la *summa divissio rerum*, todos los bienes actualmente considerados inmuebles por naturaleza o por destinación, pasarían al rango de los bienes que se prestan a la publicidad registral (agregando las naves, los fondos de comercio, la "propiedad" artística y literaria, los títulos nominativos).

Pero el propio autor de esta planificación señala un grave defecto del sistema: la refundición casi completa que tendría que soportar el derecho positivo, y –agregaríamos– la necesidad de abandonar el enorme peso que en la estructura de las instituciones ha ejercido la jurisprudencia tradicional.

Por otra parte, la ubicación dentro de una categoría (bienes que se prestan a la publicidad registral) u otra (bienes que escapan a una tal publicidad), *presupone* un criterio ductor del bien que concretamente trate de catalogarse y al cual quiera conectársele la consecuencia jurídicamente normada.

También el tratadista Pascual Martín Pérez, afirma que la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles puede considerarse totalmente superada, "porque no responde al momento económico actual".[57] En efecto, reconoce, la realidad revela que ciertos bienes muebles superan en valor e importancia a los inmuebles, y reclaman una regulación *registral* "que garantice la publicidad en los cambios de titularidad de los mismos, sin que basten (para ello) las rudimentarias normas que, sobre la publicidad de inmuebles", contiene el Código Civil. El doctor Federico De Castro había planteado el problema en la doctrina española, y clasificó los bienes en *registrables y no registrables*, fijando el centro de gravedad de la división en las normas de publicidad referentes a unos y otros. Martín Pérez, en su posición crítica, estima que la labor previa de delimitación consiste en definir qué se entiende por cosas registrables y por bienes no registrables, para lo cual resulta ineficaz la afirmación conforme a la cual las primeras pueden tener acceso al registro en tanto que las segundas quedan fuera del mismo.

56. De Page, Henri: *Op. cit.*, p. 649.
57. Martín Pérez, Pascual: *Estudios sobre el Derecho Privado...*, pp. 170 y ss.

El criterio correcto se sostendría, entonces, según el profesor Pascual Martín Pérez, en la doble distinción entre:[58]

a) *Cosas susceptibles de publicidad material, y*

b) *Cosas susceptibles de publicidad formal o registral.*

Las cosas colocadas *sub* a), por su escasa importancia para el tráfico económico-judicial, en cuanto a las mutaciones verificadas en su titularidad, estarían sometidas a las normas de publicidad dictadas por el Código Civil. Una predeterminación de los bienes sumados a este grupo es prácticamente imposible.

Las cosas situadas *sub* b), por su importancia económica, por su utilidad, están llamadas a ocupar un sitio esencial dentro del tráfico jurídico ordinario y en consecuencia reclaman la constatación de las mutaciones patrimoniales en los instrumentos de publicidad formal o registral. Siempre que una cosa sea identificada, individualizada, será apta para constituir el objeto de la publicidad formal o registral. Los registros, además de erigirse en fuentes de garantía de las transferencias dominicales, proporcionan un elemento identificador de los bienes.[59]

En la doctrina italiana cabe mencionar las observaciones de Ferrara y Barassi. Ferrara advirtió la necesidad de clasificar los bienes en *no registrados y registrados*, anexando a los primeros ciertos bienes muebles y las *universitas rerum*, y a los segundos todos los bienes cuya situación jurídica se señala en registros públicos, sean muebles o inmuebles. Barassi escinde los bienes en *sujetos y no sujetos a publicidad*. Están sujetos a publicidad los bienes inmuebles y los muebles registrables. Encuadran en el rubro de los muebles registrables, los que se inscriben en los Registros Públicos para "facilitar su persecución, facilitar el crédito sobre los mismos, etc.".[60]

La Comisión de Reforma del Código Civil Francés, retorna a la *summa divissio* de los bienes en corporales e incorporales. Los primeros son muebles o inmuebles. En principio se les considera *muebles,*

58. Martín Pérez, Pascual: *Op. cit.*, p. 172.
59. Martín Pérez, Pascual: *Introducción al Derecho Registral*, p. 44, cit., por Francisco Hernández Gil: *Introducción al Derecho Hipotecario.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 9.
60. *Véase* Hernández Gil, Francisco: *Introducción...*, p. 9.

salvo disposición especial de la ley. Los inmuebles por naturaleza son los fundos y las construcciones incorporales a ellos, aun en forma temporal, y las demás cosas unidas de modo permanente a un inmueble por naturaleza. Son muebles corporales los títulos al portador y la energía producida, cualquiera sea la naturaleza de la fuente generadora. Los *bienes incorporales* se asimilan a los muebles, salvo disposición especial de la ley o del régimen particular a que se hallen sometidos. Los derechos reales que versen sobre inmuebles, son bienes incorporales y se asimilan a los inmuebles, lo mismo que las acciones que tiendan a ejercitarlos.[61]

61. *Travaux de la Commision de Reforme du Code Civil*, año 1946-1947, texto adoptado por la Comisión Plenaria, en sesión del 22 de mayo de 1947, pp. 781 y ss.

Capítulo V
El derecho real

20. CONCEPTO DE DERECHO REAL

En el área de los derechos patrimoniales, el descubrimiento del concepto de "derecho real" constituye el núcleo fundamental de todas las instituciones a cuyo estudio se dedican los capítulos posteriores de este manual. De su cabal delimitación, y de la construcción de las figuras jurídicas conexas a la noción, depende el sentido que se imprima a las hipótesis concretas de los derechos reales en el ordenamiento jurídico.

Normativamente consagrada, no existe una teoría general del derecho real. El concepto se localiza, en doctrina a través de la reunión de ciertos caracteres constantes en las diversas instituciones, y el producto final viene a ser una figura ideal más o menos adaptable a las variadas exigencias de los casos particulares. El primero de los rasgos comunes es la posibilidad acordada a un determinado sujeto de derecho, de obtener alguna utilidad de un objeto con prescindencia de la

actuación de la persona que lo tenga.[1] Por tanto, la determinación inicial de los términos de la relación versará sobre un *sujeto* (facultado) y sobre un *objeto* (que presta la utilidad), mas no sobre otro sujeto (obligado). El segundo rasgo, de acuerdo con la enseñanza de la doctrina tradicional, consiste en el *deber de abstención*, impuesto a una colectividad indeterminada, con respecto al ejercicio del derecho. Ese deber de respeto condiciona la validez *erga omnes* del derecho real.[2]

Con el anterior razonamiento se ha logrado la siguiente definición tentativa del derecho real: "Es aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o *señorío directo e inmediato* sobre una *cosa determinada*, sin necesidad de intermediario alguno *personalmente obligado*, y que impone asimismo a todo el mundo *(erga omnes)* un deber de *respeto o exclusión* y, a veces, cuando se trata de derechos reales limitados, un "hacer" o un "no hacer" posiblemente conectado a un "soportar".[3]

Menos completas, aun cuando de interés, por estar vinculadas a las diversas doctrinas sobre la esencia del derecho real, son las nociones aportadas por otras parcialidades y que colocan el centro de gravedad de la figura, en el poder que se ejerce directamente sobre una cosa sin la intervención de otra persona (De Page), o en la relación inmediata o directa sobre una cosa, oponible a cualquier persona no titular (Aubry y Rau), o en la relación inmediata y directa entre una persona y una cosa simplemente (Mazeaud, Henri, Leon y Jean), o, por último, en la inmediata dominación ejercida sobre una cosa que atribuye a un sujeto un poder válido frente a cualquiera. (Rudolf Sohm).[4]

La construcción del concepto en torno a una sola hipótesis de los derechos reales (el derecho de propiedad), o basada esencialmente en la naturaleza de este derecho, es el error máximo en que incurre la tesis tradicional. Esta falla se manifiesta, particularmente, en la enunciación de los caracteres típicos de los derechos reales (*infra*, N.° 25) y en la comparación del derecho de crédito (*infra*, N.° 26), lo que pro-

1. Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, pp. 5 y 6.
2. Puig Brutau, José: *Op. cit.*, p. 5.
3. Roca Sastre, Ramón María: Derecho Hipotecario . Editorial Bosch, Barcelona, 1948, tomo II, pp. 190 y 191.
4. *V.*, Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*, II, p. 19; Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, I-1, p. 259

voca un desnivel sensible que ha tratado de corregirse mediante la reelaboración del esquema de los derechos patrimoniales.

21. TEORÍAS PROPUESTAS

Las distintas doctrinas que intentan recabar una explicación del contenido de los derechos reales y su estructura específica, pueden ser agrupadas así:[5]

A) *Concepción clásica*

El derecho real supone una relación inmediata y directa entre una persona y una cosa (potestad directa sobre la cosa que no necesita intermediario alguno para su realización). Tal es la postura de Roberto de Ruggiero.

B) *Concepción obligacionista*

Esta dirección plantea un balance crítico de la postura clásica. Señala el error que supone una relación jurídica vinculante de una persona y una cosa. La relación jurídica es concebible sólo a través de la conexión de dos o más sujetos de derecho,[6] ya que la misma implica la facultad integrada en el sujeto activo para exigir al sujeto pasivo (obligado) una determinada conducta .

Así, surge la concepción obligacionista del derecho real. El cual "es el correlativo de una *obligación pasiva universal*, una obligación que sujeta a todo el mundo a respetar su ejercicio", es un *deber negativo del sujeto pasivo* (todo el mundo está obligado a no interferir el ejercicio del derecho por el titular) *(obligación pasiva universal)*. Pero este vínculo entre el titular y el sujeto pasivo (universal), indefinible en

5. *V.*, Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español...*, II, pp. 19 y ss.
6. Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado*, p. 204: "Hemos insistido otras veces sobre el hecho de que el derecho es una proportio *hominis ad homine*, por lo cual entre una persona y una cosa no podrían existir más que relaciones de puro hecho y no relaciones jurídicas". Y agrega el autor: lo que destaca es el elemento de subjetividad, el cual hace que el derecho real se conciba como un derecho oponible erga omnes, o sea, como el derecho que impone a la universalidad de los otros miembros de la comunidad el deber de abstenerse de molestar o turbar al titular en el ejercicio de su derecho. En el mismo sentido: Mandrioli, Dino: Voz "Diritti reali", en *Nuovo Digesto italiano*, tomo IV, p. 880.

principio, se materializa en el momento de producirse la invasión a la esfera de ejercicio del derecho por obra de una turbación, o del desconocimiento del mismo.

En una u otra forma se inclinan por esta concepción, Ortolán, Planiol y Ripert, Roguin, Windscheid, Oertmann, Fuch, Helwig, Kelsen y Rotondi.

La indefinida obligación pasiva universal es distinta de la relación obligacional ordinaria, que liga a un acreedor (identificado) con un deudor (determinado o determinable). De esta forma, nadie intentaría inscribir en el pasivo de su patrimonio un deber de respetar los derechos reales ajenos. La obligación pasiva universal se diluye, entonces, no en un precepto normativo creador de deberes jurídicos, sino en una regla de conducta. Por otra parte, la obligación universal de respeto no es privativa de los derechos reales. Existe también, y es comprobable, en los derechos personales (derechos de crédito), dentro del deber de respeto asumido por los terceros que no han participado en la formación de la relación y a quienes no aprovechan ni perjudican sus efectos.[7]

C) Concepción armónica

Participan de esta posición Fadda, Bensa, Castán, Barassi, etc. La obligación pasiva universal pertenece a la sanción y a la garantía del derecho real, no a su esencia.

Según Barassi, los elementos constitutivos del derecho real son:

a) La *relación del sujeto con la cosa,* que permite al titular recabar todas las utilidades que aquélla pueda reportar, correspondiéndole al sujeto un poder autónomo *(elemento estático);*

b) La *obligación* (de contenido negativo) a cargo de los terceros de no invadir esa esfera autónoma que supone la relación directa entre la persona y la cosa (elemento de garantía del derecho real, *elemento dinámico).*

7. *Cfr.* Marty, Gabriel y Pierre Raynaud: *Droit Civil,* I, pp. 448 y 449.

22. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Convencionalmente se acostumbra relacionar la nomenclatura de las diversas clasificaciones de los derechos reales con la nacionalidad de sus autores. Tal tendencia no significa que una determinada agrupación adquiera carta de ciudadanía y que, por tal motivo, sea fielmente seguida por los autores vinculados por nexos de una nacionalidad determinada. El método únicamente trata de simplificar una tarea que, en otro sentido, resultaría extremadamente ardua.

A) *Clasificación italiana* (Chironi, Barassi, Dusi)

a) Derechos reales de goce y disposición (la propiedad).

b) Derechos reales de simple goce (las servidumbres).

c) Derechos reales de garantía (prenda e hipoteca).

B) *Clasificación alemana* (Wolff)

a) Derechos reales provisionales (la posesión).

b) Derechos reales definitivos, los cuales, a su vez, admiten los siguientes subtipos:

a') Propiedad.

b') Derechos reales limitados (gravámenes de acuerdo con la terminología alemana) y los cuales son:

Derechos de disfrute (servidumbres).

Derechos de realización de un valor pecuniario (hipoteca).

Derechos de adquisición (tanteo y retracto), que confieren al titular la oportunidad de convertirse en propietario.

C) *Clasificación francesa* (Mazeaud, Colin y Capitant)[8]

a) Derechos reales *principales:*

a') El derecho de *propiedad.*

b') Las *desmembraciones* del derecho de propiedad: usufructo, uso, habitación y servidumbres.

b) Derechos reales accesorios (garantías o seguridades): hipoteca, prenda, anticresis.

D) *Clasificación del profesor José Castán Tobeñas*[9]

De hecho aceptada como una de las más amplias y mejor elaboradas técnicamente, la clasificación de José Castán Tobeñas distribuye en la siguiente forma los diversos grupos de derechos reales:

I. *Derechos reales propiamente dichos (sobre cosas corporales)*

1) Derecho real de protección provisoria: posesión.

2) Derechos reales de protección perfecta y definitiva:

A) Derecho real pleno (dominio):

a) De un solo sujeto.

b) De varios: copropiedad romana, propiedad colectiva, propiedad dividida.

B) Derechos reales restringidos (o limitaciones del dominio):

a) De goce:

a') Derechos reales temporales (sobre muebles o inmuebles). Usufructo, uso, habitación.

b') Derechos reales *inmobiliarios:*

a") Perpetuos o de duración indefinida (servidumbres reales o prediales, cargas reales, superficie).

b") De duración no prefijada: servidumbres personales *stricto sensu.*

b) De *garantía:* garantías mobiliarias (prenda, hipoteca mobiliaria), garantía inmobiliaria (hipoteca, anticresis), derecho de retención.

c) De *adquisición:* retracto, tanteo y opción.

II. *Derechos reales sobre bienes inmateriales*

Propiedad intelectual y propiedad industrial.

8. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil,* I-I, p. 260: Colin, A., y Capitant, H.: *Derecho Civil,* 2ª edición, vol. II, 1942, p. 539, colocan los privilegios en el peldaño de los derechos reales accesorios.
9. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...,* II, pp. 38 y ss.

23. ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

El ordenamiento jurídico-positivo venezolano no formula una teoría general de los derechos reales, ni menciona los derechos a los que debe otorgarse esa denominación. Es más, el Código Civil venezolano no agrupa los diferentes institutos del derecho real bajo un título general. El Libro II del Código contempla "los bienes, la propiedad y sus modificaciones", pero dentro del Libro III de ese mismo texto positivo incluyen tipos de los derechos reales, como la prenda, la hipoteca y la anticresis, consumándose una dispersión de figuras con escasos asideros técnicos.

Una tarea elemental de recopilación de las hipótesis de derechos reales normativamente reguladas en el Código Civil, conduce al siguiente elenco:

a) La propiedad:

b) El usufructo, el uso, la habitación y el hogar;

c) Las servidumbres;

d) La enfiteusis;

e) La hipoteca, la prenda y la anticresis;

f) El *retracto,* tanto el convencional como el legal (CC. arts. 1.534 y 1.546, y el derecho al *tanto* (derecho de tanteo).

Es discutible el carácter real del *derecho de retención,* si estima que se trata de un derecho derivado de otras situaciones jurídicas (Castán, De Buen), algunas de naturaleza personal, lo cual le conferiría el mismo carácter.[10]

De igual modo se debate aún la naturaleza de derecho real de la *posesión.*[11]

10. Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español,* II, pp. 11 a 15.
11. *V.,* por ejemplo: Martín Pérez, Antonio: *La posesión,* Madrid, 1958, pp. 32 y ss.

24. LA CUESTIÓN DEL NÚMERO DE LOS DERECHOS REALES

Dos sistemas doctrinales suelen enfrentarse con relación a la posibilidad de crear derechos reales diferentes de los expresamente regulados en el derecho positivo.

Por una parte, el sistema de *numerus apertus,* en torno al cual se desplazan las diversas posturas teóricas, da cabida a la edificación de otros derechos reales distintos de los que el Código Civil disciplina. Como argumentación decisiva, esta parcialidad proclama la inexistencia de dispositivos técnicos, que veden la creación de nuevos derechos reales adicionales a los recogidos en el derecho positivo. Así como el plano legislativo ofrece los elementos necesarios para fundamentar los contratos innominados (contratos atípicos), el propio ordenamiento normativo, facilita el instrumento idóneo para la erección de otras categorías de los derechos reales. No existe impedimento alguno para crear un derecho real intermedio del usufructo y del uso, cuando, por conducto del título, se autorice al beneficiario para apropiarse de un porcentaje de los frutos no necesarios al usuario y a su familia.

En la vertiente opuesta, el sistema de *numerus clausus* (sistema de la serie hermética de los derechos reales) se sostiene sobre la afirmación antitética. La actitud liberal que priva en la órbita de los contratos y que permite la aparición de contratos atípicos, no es transplantable al campo de los derechos reales.[12] No es aceptable, en otros términos, la aparición de derechos reales innominados al lado, y paralelamente de las figuras disciplinadas en el ordenamiento positivo. El establecimiento de una obligación real –como quiera que afecta no sólo al constituyente sino a los terceros que adquieran derechos sobre la cosa gravada–, excede de los términos restringidos de la contratación. En virtud de este fenómeno, la ley "limita los tipos de derechos reales que les está permitido crear a los particulares" (Ginossar).[13] Cada una de las especies de derechos reales autorizados por la ley, se halla sometida a reglas que los particulares no pueden derogar, y que recortan en alto grado la libertad de las convenciones. Mas la serie hermética de los derechos reales no impide que una figura jurídica, surgida como variante de uno de los tipos específicamente normados, escape a los límites de protección organizados en el plano legislativo. Los sujetos vinculados por una obligación real se hallan facultados para reglamentar, en la forma más conveniente a sus intereses patrimoniales, la situación jurídica nacida del derecho real elegido. No obstante, la reglamentación de las posiciones correspondientes de los sujetos ligados por la obligación real carece de vigor para forjar un verdadero derecho real nuevo (innominado o atípico).[14]

La aceptación del sistema de la serie hermética de los derechos reales, origina una diferencia adicional entre éstos y los derechos de crédito (*infra,* N.° 26).

12. *Cfr.* De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil,* tomo VI, pp. 34 y 35. En Brasil, Lafayette y E. Spinola se pronunciaron decididamente por el sistema del *numerus clausus.* También Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique: *Manual de Derechos Reales* (Parte General - Posesión y defensa posesoria). TEA, Buenos Aires, 1962, p. 21; y de modo expreso: artículo 1.306 del Código Civil portugués de 1966, en vigencia a partir del 1° de junio de 1967.

25. CARACTERES DE LOS DERECHOS REALES

La siguiente enumeración de caracteres de los derechos reales, reproduce básicamente las ideas de la doctrina tradicional, que colocó en compartimientos estancos esta categoría y los derechos personales (derechos de crédito u obligaciones). Este punto de vista habrá de tenerse presente, si se pretende apreciar en su exacta dimensión, los actuales lineamientos de la postura dirigida a la descripción de los derechos patrimoniales con base en un nuevo instrumental.

A) *Inmediatividad*

El poder o la suma de poderes ejercidos por el titular sobre la cosa es una potestad inmediatamente realizable, con prescindencia de cualquier otro sujeto.

13. Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance,* pp. 146 y 147.
14. De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil,* tomo 6, p. 35. En el derecho argentino se veda la creación de nuevos derechos reales; la modificación de los derechos reales-tipo valdrá como constitución de derechos personales (Dassen-Vera Villalobos: *Manual de Derechos Reales,* p. 21). En la obra citada en último término se exponen los motivos que inspiraron al codificador Vélez Sarsfield para afiliarse al principio limitativo.

B) *El derecho real es un derecho absoluto*

El derecho real no sólo confiere a su titular la *máxima eficacia por sí mismo,* independientemente de la relación jurídica que lo pudiera vincular a otro sujeto, sino que –como los derechos personalísimos– se dirige a la universalidad de sujetos no titulares a quienes se impone un deber general de abstención. De la oponibilidad y de la eficacia del derecho real *frente a todos (erga omnes),* deriva la persistencia del mismo, aun cuando la "cosa deje de estar en posesión del titular: y la posibilidad, dada el sujeto, de alcanzar la cosa, objeto del derecho, en poder de otro que la haya tomado de hecho en su poder". La oponibilidad y la eficacia "*erga omnnes*" se hallan estrechamente enlazados a la inherencia del poder del titular a la cosa objeto de éste.[15]

C) *Indeterminación del sujeto pasivo y, a veces, del sujeto activo*

Si en la relación jurídica puramente obligacional existe un deudor conocido o susceptible de ser identificado, en el derecho real todos los miembros de la colectividad, resultan sujetos pasivos, a cuyo cargo se encuentra un deber de abstención (la obligación pasiva universal). Si en alguna oportunidad un sujeto se individualiza, destacándose de esa colectividad anónima, es por su posición frente a la cosa. Ejemplo: el propietario del fundo sirviente frente al titular del fundo dominante en la servidumbre.

Ocasionalmente en los derechos reales, el sujeto activo puede hallarse eventualmente indeterminado. En el mismo ejemplo precedente: el propietario del fundo dominante es el sujeto autorizado para hacer valer la servidumbre, aun cuando –de momento– no interese su identificación concreta.

D) *La determinación de la cosa objeto del derecho*

Si bien en la actualidad no es valedera la reproducción de la disputa sobre el carácter material o inmaterial del objeto sobre el que versa

15. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial,* III, pp. 197 y 198: La oponibilidad y la eficacia erga omnes se hallan estrechamente enlazadas a la inherencia del poder del titular sobre la cosa. El hecho de que la cosa deje de estar en posesión del propietario no decapita la titularidad que éste ostenta. Por lo demás, el titular puede "alcanzar la cosa, objeto del derecho, en poder de otro que la haya tomado de hecho en su poder (carácter absoluto y derecho de persecución)" para restituirla a su esfera de posesión.

el derecho real, puesto que se admite plenamente la existencia de derechos reales sobre *bienes incorporales,* la doctrina exige la determinación y especificidad de la cosa. No cabe, por tanto, hablar de derechos reales sobre *cosas genéricas:* "Dado su carácter de inmediación [...] ese derecho no puede ejercitarse más que sobre una cosa concreta e individualizada." [16]

E) *El derecho real genera, en todas las hipótesis, acciones reales*

F) *El derecho real involucra dos atributos*

a) *El derecho de preferencia,* permite al titular excluir a todos aquellos sujetos que no tengan más que un derecho de crédito, o un derecho real posterior en fecha, o un derecho real calificado en una categoría inferior;[17]

b) *El derecho de persecución,* es la prerrogativa que autoriza al titular del derecho real a seguir la cosa que le pertenece o que esté gravada en su provecho, en cualesquiera manos se encuentre. En otros términos, el titular de un derecho real está facultado para poner en movimiento todo el conjunto de acciones para la defensa de su derecho sobre la cosa, contra todo aquel que la posea indebidamente –su detentador– o pretenda menoscabar la plenitud de su ejercicio. Incluso contra el propietario, el titular de un derecho real limitado de goce puede hacer valer las facultades, que el ordenamiento jurídico o el título constitutivo le atribuyen, si aquél pretende desconocerlas. Y no sólo frente al dueño actual de la cosa gravada, sino frente a todos aquellos a quienes este último transfiera el bien.[18]

G) *El abandono de la cosa*

Rasgo ínsito a la relación jurídica creada por el derecho real, es la facultad reconocida al titular de la cosa gravada para abandonarla, con efectos liberatorios, cuando no pueda cumplir con las cargas que penetran el dominio. Tal acontece en las servidumbres con respecto al propietario del fundo sirviente (*v.* CC., art. 730).[19]

16. Messineo, Francesco: *Manuañ...,* III, p. 198; Marty-Raynaud: *Droit Civil,* I, p. 450.
17. Rigaud, Luis: *El derecho real,* pp. 85 y ss.
18. Rigaud, Luis: *El derecho real,* p. 87.
19. De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso ...,* tomo VI, p. 30.

26. COMPARACIÓN ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE CRÉDITO

En la presente sección tendremos oportunidad de constatar las incidencias de la doctrina tradicional en la caracterización de los derechos reales, por oposición a los derechos de crédito u obligaciones, y de practicar una somera crítica a las notas que le sirven de fundamento.

El elenco de oposiciones destacado por esa misma doctrina demuestra con acentuados caracteres, una vez más, el error de erigir un derecho real tipo (la propiedad) como punto de comparación con toda la gama de los derechos de crédito, con incontestable olvido de las demás especies del derecho real. A la larga, este defectuoso mecanismo precipita un número de críticas, que tienden a invalidar parcialmente los distingos iniciales.

El derecho real –conforme a la postura clásica– recae sobre un bien individualmente determinado, el cual permite obtener, sin mediación de persona alguna, una utilidad parcial o total, y que exige a los demás miembros de la colectividad un respeto absoluto, meramente pasivo (Accarias, Laurent).

El derecho de crédito –para la misma tendencia–, consiste en la relación jurídica, vinculante de por lo menos dos sujetos perfectamente determinados, que autoriza a uno de los términos subjetivos (pretensor, acreedor), exigir a otro (obligado, deudor) una determinada prestación positiva o negativa a la cual, en el curso ordinario de las cosas, no estaría obligado.

Las dos categorías, en consecuencia, divergen esencialmente en su naturaleza. El derecho real es un derecho *absoluto*, directo, sobre una cosa, susceptible de ejercitarse sobre ella sin mediación de otro sujeto.[20] El derecho de crédito es, necesariamente, una *relación entre personas determinadas* (acreedor y deudor). El derecho del acreedor no recae directamente sobre la cosa.

A) *Contraposición desde el punto de vista de sus elementos constitutivos*

En el *derecho real*, sólo son perceptibles *dos elementos:* un *sujeto* (activo, individual, determinado, titular del derecho): el propietario; y una *cosa*, objeto del derecho. No existe, por consiguiente, intermediario entre el sujeto y el objeto que colabora en la producción de las utilidades que para aquél pueden derivar. Es un *ius in re*. El derecho de crédito ofrece una armazón más compleja. Su análisis revela la presencia de *tres elementos:* un *sujeto activo* (acreedor, pretensor, *creditor*), otro sujeto *(pasivo)*, individualizado, determinado (*deudor*, obligado, *debitor)* y el *objeto del derecho*, que consiste en una conducta positiva o en una abstención (prestación).

En el derecho real podría adicionarse un segundo sujeto, ciñéndose a la tesis obligacionista: la colectividad, el universo entero sobre el que pesa un deber de respeto. Pero también en el derecho de crédito es perceptible el deber de respeto, concentrado en todos aquellos que no han tomado parte en la relación, y a quienes no aprovechan ni perjudican los efecto, consecuenciales de ella.

El derecho positivo refuta esta contraposición, irreductible en apariencia. No siempre el sujeto activo del derecho real es una persona individualmente determinada. Puede serlo una persona *determinada mediatamente* por la titularidad que ostenta respecto de la cosa, como es el caso del propietario del fundo dominante en las servidumbres.

En el otro extremo, es localizable, en determinadas circunstancias, un sujeto especialmente obligado en la relación jurídica real. Ejemplo: el dueño del predio sirviente obligado a realizar las obras requeridas para la conservación de la servidumbre; el nudo propietario a cuyo cargo están las reparaciones mayores durante la vigencia del usufructo.

B) *Contraposición desde el ángulo de su protección*

La doctrina clásica dota al titular del derecho real de dos ventajas que, en sí mismo, no confiere el derecho de crédito: el *derecho de persecución* y el *derecho de preferencia*. Representando un nexo entre acreedor y deudor, la relación jurídica obligacional sólo otorga al primero un derecho contra el obligado, para obtener el cumplimiento de la prestación. El derecho real versa, por el contrario, sobre la cosa y la sigue dondequiera se encuentre, independientemente del sujeto que pretenda un derecho rival sobre el bien, o que lo posea en forma exclusiva y excluyente.

El *derecho de preferencia* adjudica al titular del derecho real, la facultad de excluir a todos aquellos sujetos que no tienen más que un derecho de crédito, y a quienes no tienen sino un derecho real inferior

20. Rigaud, Luis: *El derecho real*, p. 86.

en grado o posterior en fecha. El *derecho de crédito*, sólo suministra la llamada *prenda común* a los acreedores (quirografarios) sobre el patrimonio global del deudor.

Observa Ginossar,[21] que el derecho de preferencia no puede formar la investidura del derecho real, puesto que es a un acreedor al cual confiere, en razón de la *calidad de su acreencia*, un privilegio frente a otros acreedores.

C) *Contraposición desde el punto de vista de las acciones*

El derecho real está protegido por acciones reales, conferidas *ad versum que qumque possessorem*, mientras que los derechos de crédito lo están mediante acciones personales ejercitables sólo contra el deudor.[22] Expresado de otro modo, la acción personal se confiere *in personam*, es decir, contra una persona determinada que se halla especialmente vinculada al acreedor. La acción real se da *in rem*, puede dirigirse, sin distinción, contra toda persona que obstaculice, menoscabe o desconozca el ejercicio del derecho. En virtud de ello, se afirma, que el derecho real es el prototipo de los derechos absolutos, porque puede ejercitarse y hacerse efectivo *erga ommes*. El derecho de crédito es un típico derecho relativo, ya que sólo puede hacerse efectivo contra el patrimonio del deudor o de sus causahabientes.

El paralelismo es, no obstante, defectuoso. Predicar que el derecho real está protegido por acciones reales y que, en otro ámbito, el derecho de crédito se halla tutelado por acciones personales, presupone la discriminación de ambas especies, y edifica un débil expediente para atribuir carácter absoluto a todos los tipos clásicos del derecho real, y carácter relativo al receptáculo de los derechos de crédito.

D) *Desde el punto de vista de su adquisición y de sus fuentes*

En la actualidad, las diferencias no son tan visibles como en el Derecho Romano, puesto que el contrato puede transferir la propiedad y crear derechos reales, lo mismo que obligaciones puramente personales[23] (*v.:* CC., art. 1.161: principio del consensualismo). Sin embargo, entre los modos de adquirir existe uno que es exclusivo de los derechos reales poseíbles en general: la *usucapión*, y otro, privativo del dominio: la *ocupación*. La usucapión no opera sino en relación a la propiedad y a los demás derechos reales poseíbles. No se puede adquirir, por el transcurso de un largo período, la condición de *acreedor* de cualquier persona. Ello, porque en el derecho de crédito los dos sujetos se hallan individualmente determinados, y por el principio de que nadie puede quedar obligado por la sola voluntad de otro. Tampoco la ocupación puede crear un derecho de obligación (*infra*, Capítulo XI, N.° 66).

21. Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance*, p. 4.
22. *V.*, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de 10 de agosto de 1961, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 33, pp. 182 y 183.
23. Rigaud, Luis: *El derecho real*, p. 90.

E) *Desde el punto de vista de la transmisibilidad*

En este sentido, es más notable la diferencia en el Derecho Romano. Originariamente sólo *la propiedad y demás derechos reales se consideraban transmisibles. La obligación no se transmitía ni activa ni pasivamente*. En el Derecho Romano no se contempló la transmisión a título particular, por actos entre vivos, de las deudas o los créditos. En el Derecho actual, se admite la transmisión activa (contractual) de la obligación bajo el aspecto de la cesión de crédito (CC. venezolano, art. 1.549), e incluso la transmisión pasiva bajo la forma de cesión de deudas.

F) *Desde el punto de vista de sus caracteres generales*

Según Olier, no existen *obligaciones* sino *obligación*, en singular. Los *derechos de crédito* pueden tener su origen en numerosas causas. La causa no influye ni sobre la naturaleza, ni sobre los efectos, ni sobre la extinción del derecho. Así, entre las obligaciones delictuales y convencionales, sólo hay diferencias de grado, medios de prueba de apreciación de la obligación, lo cual también ocurre entre los derechos de crédito principales o accesorios.

Tal uniformidad y unidad no se encuentra en los derechos reales, profundamente separados y distintos los unos de los otros. "Cada uno tiene su individualidad propia. *Por ello, una lista de los derechos reales es posible e incluso necesaria*".[24]

La ley *limita el número de derechos reales por razones de orden público*, pero deja a las partes en entera libertad para crear, *tipos contractuales distintos de los contenidos en la ley, y extender o restringir sus efectos*.

En tanto que no puede transmitirse un derecho real a una persona más de una vez, un sujeto puede contraer un número indefinido de obli-

24. Rigaud, Luis: *Op. cit.*, p. 91.

gaciones, respecto de otro sujeto. El derecho personal tiene un doble aspecto: desde el punto de vista del acreedor, es un *crédito;* visto desde el ángulo del deudor, es una *deuda.* El derecho real no puede concebirse más que desde el ángulo activo.

G) *Por su duración y causas de extinción*

El derecho real tiene (y adoptamos como caso típico el derecho de propiedad) naturaleza *perpetua,* en el sentido de que no nace con tendencia a extinguirse por su ejercicio. Al contrario, su ejercicio lo consolida.

El derecho de crédito, por el contrario, tiene naturaleza *transitoria y temporal;* su ejercicio lo extingue porque, satisfecha la prestación, desaparece el objeto y la finalidad del vínculo. Ejemplo: extinción por el pago, la compensación, la confusión.

En consecuencia:

a) El *derecho real* (salvo los casos de excepción: usufructo, art. 619, par. 4.°, uso, habitación; servidumbre, art. 752, etc...) no prescribe por su no ejercicio;

b) El *derecho de crédito* no ejercitado oportunamente, se extingue por prescripción.

27. LOS DERECHOS REALES *"IN FACIENDO"* Y LA OBLIGACIÓN *"PROPTER REM"*

A) *Los derechos reales "in faciendo"*

La exageración de la obligación pasiva universal condujo a la doctrina clásica a intuir en los derechos reales un puro deber de abstención a cargo de todas las personas que no eran titulares del derecho mismo. Tal punto de vista privó aun en hipótesis distintas del derecho de propiedad, precisamente, en aquellas vinculaciones de naturaleza real en las cuales frente al titular aparece el propietario de la cosa gravada, identificado e identificable, y no una mera colección de anónimos obligados. De sostenerse que el titular de la cosa gravada debe sencillamente abstenerse de penetrar en la esfera reservada al titular del derecho real, quien ostenta una plenitud de poderes, sería imposible pensar que el sujeto afectado por el gravamen tenga a su cargo una

prestación activa (un hacer). Si la solución opuesta, por el contrario, es admisible, se estructuraría un derecho real in faciendo que recaería no sólo sobre el constituyente del derecho real, sino sobre todos aquellos sujetos que posteriormente ingresen en la titularidad del bien. Ciertamente dentro de una colectividad de sujetos pasivos indeterminados, sería inconcebible una obligación cuyo objeto sea un hecho positivo. Pero este obstáculo desaparece desde el instante en que el sujeto pasivo es susceptible de determinación, como ocurre en todas las vinculaciones en que una persona está obligada propter rem en su cualidad de propietario de la cosa.

El derecho real *in faciendo* se construye por tanto, a partir del momento en que se rechaza la imagen de una conducta puramente pasiva, de parte del propietario del bien gravado, la cual se reduce a no obstruir el ejercicio del derecho rival, y se descarta –lateralmente– la idea de una relación (jurídica) vinculante de una persona a una cosa. La relación jurídica conecta al menos a dos sujetos: el obligado y el pretensor. Si la obligación descansa en un "no hacer" o en un "soportar", a cargo de uno de los términos subjetivos de la relación, es perfectamente admisible que su contenido se revele, también en un "hacer" (prestación activa). Las armazones erigidas por el ordenamiento jurídico, demuestran la posibilidad de prestaciones de este signo a cargo del titular de la cosa gravada. Así, el titular del derecho de propiedad sobre el fundo sirviente, puede quedar obligado por el título a hacer los gastos necesarios para la conservación de la servidumbre; y este deber jurídico vincula no sólo al constituyente de la servidumbre, sino a sus causahabientes, aunque en el título se hubiese silenciado.

A pesar de lo expuesto, un sector de la doctrina, en un no disimulado propósito de negar el derecho real *in faciendo,* lo reduce a simples obligaciones o cargas accesorias al derecho real o indefectiblemente ligadas al mismo. La determinación del obligado por la posición jurídica que ocupa respecto del bien gravado, trasmutaría la naturaleza del derecho real in faciendo (ya desprovisto de autonomía, por tanto) en una "obligación *propter rem*".

La enumeración de los derechos reales *in faciendo,* por último, es tarea casi imposible. No hay tipo del derecho real en el cual, en cierta medida, no esté prescrita alguna obligación positiva a cargo del propietario del bien gravado.[25]

25. *Ibíd.,* p. 95.

B) *La obligación "propter rem"*

El concepto de obligación propter rem, es el único esquema aprovechable, para entender el mecanismo de transmisión de los deberes jurídicos, asumidos por el titular de la cosa gravada mediante la transmisión del derecho real a todos los propietarios sucesivos.

Una relación obligacional compromete el patrimonio integral del deudor. En este sentido, toda obligación es personal, ya que es el deudor quien se obliga con todos sus bienes presentes y futuros. Al producirse su muerte, los sucesores de la masa patrimonial quedarán vinculados por las deudas asumidas por el causante, salvo las excepciones legalmente admitidas. La obligación *propter rem*, por el contrario, está ligada no al patrimonio global del deudor, sino a la cualidad de titular de la cosa gravada, en tanto subsista esta cualidad. En consecuencia, el sujeto obligado será toda persona que se encuentre "en determinada posición jurídica respecto a una cosa";[26] así el propietario actual de la cosa gravada y todos aquellos que le sucedan en el derecho de propiedad. El artículo 1.863, CC., al sujetar al cumplimiento de la obligación con todos sus bienes habidos y por haber al obligado *personalmente*, da margen para intuir que, paralelamente, existe un rango de obligados "reales",[27] quienes quedan afectados por el deber jurídico al ingresar en la posición del titular precedente.[28]

Un criterio de las obligaciones propter rem las define como las relaciones jurídicas obligatorias, "cuyo sujeto pasivo es cualquier persona que se encuentre en cierta posición jurídica respecto a una cosa, y las cuales se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo el deudor liberarse del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa".[29]

---

26. Ginossar, S.: "Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel", RTDC., 1962, pp. 582 y 583. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 35. *Infra*, en referencia a las servidumbres *in faciendo*, Capítulo XIX, N.° 148.
27. Hernández Gil, Francisco: "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*", en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1962, p. 854.
28. *Cfr.* Ginossar, S.: "Pour une meilleure...", en *Rev. cit.*, pp. 586 y 587.
29. *Cfr.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 21 de mayo de 1965, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 48, p. 441. Poco frecuente resulta la expresa designación, por vía legislativa, del carácter real o personal que tipifica a un grupo de obligaciones creadas por la norma. Así, en Venezuela, la "Ley que regula y fomenta la multipropiedad y el sistema del tiempo compartido"

De esta definición se infiere la estructura de la obligación *propter rem:*

a) *Sujeto pasivo* es toda persona que se encuentra en una cierta posición de titularidad respecto del bien gravado. La circunstancia de que la obligación siga la suerte del bien y se transmita con éste, implica la *variabilidad*, pero no la indeterminación, del sujeto pasivo. Por este conducto, la venta, la permuta, la donación, a título de ejemplos, del fundo sirviente no extingue la servidumbre que lo grava. El nuevo propietario, si bien integra su patrimonio con un elemento nuevo, soportará también el derecho constituido por su causante a favor del predio dominante. La identidad del sujeto puede verificarse a través del ejercicio del derecho real de que sea titular o por intermedio del ejercicio de hecho (posesión) del derecho real de goce correspondiente.[30]

b) *Sujeto activo*. La determinación del sujeto activo en la obligación *propter rem* se practica a través de una titularidad real como el usufructuario, el usuario y el propietario del fundo dominante), aunque a menudo la tarea fundamental resida en la determinación del sujeto pasivo (obligado) y se relegue a un segundo plano la identificación del sujeto activo.

c) *Objeto*. Radica en una prestación de contenido negativo (no hacer) o positivo (dar, hacer).[31]

La obligación *propter rem* cobra especial relieve por la profunda vinculación existente entre el deber y una determinada titularidad, y por la forma peculiar de extinción a través de la *renuncia* y el *abandono liberatorio*.

En efecto, la vigencia y las mutaciones de la obligación *propter rem* dependen, sustancialmente, de la vigencia y de las transformaciones que sufra la titularidad sobre una cosa determinada. Teniendo carácter accesorio, la extinción del derecho real implica, también, la desaparición de la obligación real.

(de 18 de diciembre de 1995) dota de ropaje real a las figuras de tiempos compartidos fijos y flotantes, y abandona a las directrices que presiden las relaciones puramente obligacionales, las situaciones jurídicas creadas por los tiempos-compartidos sobre espacios flotantes y mixtos (art. 31 de la ley especial).

30. Hernández Gil, Francisco: *Op. cit.*, p. 858.
31. *Ibíd.*, p. 858.

El sujeto pasivo puede liberarse por actuación de una *forma típica* de desaparición de esa obligación calificada: el abandono del derecho real que ejercite sobre el bien gravado (art. 730 del Código Civil), o la renuncia liberatoria (en materia de comunidad: art. 762 del Código Civil, y en la Ley de Propiedad Horizontal, art. 12). La abdicación al derecho real es un acto voluntario, unilateral, que no puede ser impedido por el acreedor real con el fin de obtener el cumplimiento por una persona individualmente determinada.[32] Mediante el abandono liberatorio, el derecho real es colocado a disposición del acreedor, por acto unilateral. El abandono es revocable mientras la declaración unilateral no haya llegado al acreedor, y genera dos efectos:

a') La liberación del deudor (real);

b') La pérdida del derecho real y su eventual adquisición por el acreedor.

28. ENSAYO DE UNA NUEVA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

(Ginossar)

Uno de los esfuerzos más serios llevados a cabo por la teoría actual y que, posiblemente, provocará una total revisión de las categorías tradicionales a las que hemos dedicado las precedentes secciones, lo constituye la tesis del profesor S. Ginossar (*Droit Réel, Proprieté et Créance.* Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960).

El contenido del trabajo del profesor Ginossar gravita sobre un núcleo de afirmaciones, capaces de conmover por sus implicaciones controversiales los lineamientos de todo un sistema erigido, en parte, por la inercia de quienes han seguido fielmente las enseñanzas de la doctrina tradicional.

A) Por un lado, el derecho de propiedad no es un derecho real, en el sentido de que no puede configurarse en el mismo rango del usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres. El derecho de propiedad constituye una categoría especial de los derechos patrimoniales, con fisonomía distinta que incide sobre un complejo de intereses económicamente valorables.

32. *Ibíd.*, p. 862.

B) Por otra parte, los "derechos reales" –excluida la propiedad– integran la órbita de los derechos relativos, alineados con los derechos personales (derechos de obligación, o simplemente, obligaciones).

La consideración apriorística de las premisas medulares del trabajo de Ginossar confundiría así, a quienes, por motivaciones de orden histórico, se han adscrito más o menos irreflexivamente, a las formulaciones teoréticas inauguradas con base en los comentarios del Código Civil francés, pero cuyas raíces penetran en la Edad Media. Y extrañaría, aún más, por cuanto el paralelismo entre "derechos reales" (incluida la propiedad "derecho real por excelencia") y "derechos de crédito", aparece inconmovible en los textos de frecuente consulta. Por ello, las investigaciones de Ginossar habrán de promover un total reexamen de las hipótesis cardinales que sirven de premisas en la enseñanza de los Derechos Reales y del Derecho de Obligaciones en las universidades, y agregarán un nuevo esquema –definitivo, tal vez– de los derechos patrimoniales.

De modo singular, el estudio de Ginossar revelará la fragilidad de la bipartición (derecho real-derecho de crédito) concebida sobre la erección de un derecho real-tipo (el derecho de propiedad), que ha servido de sustentáculo descriptivo de los demás derechos reales.

I. La distinción del complejo de los derechos patrimoniales en dos columnas: el derecho de propiedad y sus desmembraciones, en una vertiente, y los derechos personales, en la orilla opuesta, como términos inconciliables, ocupa un lugar predominante en todos los sistemas de Derecho Privado. La doctrina tradicional entendió referida la distinción a dos nociones aparentemente determinantes: el derecho real se ejerce, no hacia una persona, *sino sobre una cosa (res),* y frente a todos los miembros de la comunidad (derecho absoluto), en tanto que el derecho personal implica siempre la posibilidad de exigir un comportamiento determinado (conducta), de otro sujeto con el cual se halla vinculado el pretensor. Tal estructura conceptual involucra, en el orden económico, un corolario adicional: el derecho real confiere al titular un poder *directo e inmediato* sobre una cosa, en tanto que el derecho personal otorga al pretensor un poder *mediato e indirecto* sobre un objeto económicamente valorable, por cuanto el centro de interés patrimonial radicaría en la intervención del obligado.

La doctrina tradicional adiciona los rasgos distintivos señalados con dos caracteres ínsitos al Derecho Real y cuya ausencia se percibe, por

contraste, en el derecho personal: el *Derecho de persecución (droit de suite)* y el *derecho de preferencia.* Se descubren, no obstante, en estos caracteres las fallas iniciales del sistema. El *derecho de persecución* no puede comprenderse sino a través de la acción, reconocida al titular de un derecho real (la propiedad), para impedir que la cosa pase a manos de un tercero, con ostensible olvido de que tal acción encuentra su más enérgico obstáculo en materia de muebles poseídos por terceros de buena fe.[33] Por su parte, el *derecho de preferencia* no constituye nota distintiva del derecho real, puesto que es *a un acreedor* a quien se otorga *privilegio* frente a otros acreedores, en razón de la calidad del crédito mismo.

La oponibilidad frente a terceros llega a constituir, para la tesis tradicional, el módulo para la estructuración del Derecho Real. La teoría obligacionista logró evidenciar que la relación jurídica que vincula a sujetos determinados, tanto en el ángulo activo como en el pasivo, es asimismo perceptible en el derecho real, sólo que en este caso el nexo vincula al titular con una universalidad anónima de obligados a respetar el ejercicio del derecho (obligación pasiva universal). Pero ni aun esta obligación pasiva universal basta para configurar el derecho real. Un nexo obligacional de ese género se halla presente en todos los derechos subjetivos , incluidos los derechos de créditos, sin que por ello ingresen al plano de los derechos absolutos.[34]

---

33. Código Civil francés, artículo 2.279; Código Civil español, artículo 464; Código Civil venezolano, artículo 794, primera parte.

34. El profesor Rafael Rojina Villegas (*Teoría general de los derechos reales,* México, 1947, pp. 11 y 112), luego de un exhaustivo análisis de las posturas históricas (tesis monista, dualista, ecléctica), ensaya su propio sistema de diferenciación, partiendo de las relaciones jurídicas generadas por los derechos reales "los derechos de crédito y, en especial, del contenido de los deberes ínsitos a la situación de los obligados. Los derechos reales producen relaciones absolutas que consagran deberes generales de duración indeterminada; por oposición, las relaciones creadas por los derechos de crédito (derechos relativos), consagran deberes temporales y concretos a cargo de sujetos determinados. "Este aspecto de la *temporalidad de los deberes relativos y perpetuidad de los deberes absolutos,* no ha sido debidamente estudiado. En nuestro concepto –agrega Rojina Villegas–, una de las bases más firmes para fincar la diferenciación entre derechos reales y derechos personales, radica en el carácter ya mencionado. En este caso, la perpetuidad de los deberes absolutos sólo significa que no se agotan en una cierta forma de conducta, positiva o negativa, sino que se manifiestan en una serie indefinida de prestaciones o abstenciones del sujeto durante la vigencia del derecho absoluto".

El único proceso racional –en opinión del profesor Ginossar– para descubrir el ámbito de los derechos reales y de los derechos personales ha de partir, por consiguiente, del examen del derecho de propiedad y del estudio de sus elementos divergentes de los derechos de crédito.

Desde esta vertiente se observan los órdenes descriptivos que a continuación se exponen:

A) El derecho de crédito ha sido entendido, frecuentemente, como un derecho real indeterminado que envuelve el patrimonio íntegro del deudor (prenda común de los acreedores; CC. venez., art. 1.864). Mas esta concepción se frustra si se mantiene el criterio de que es la persona del deudor la que sigue vinculada hasta la extinción de la relación obligacional. Por idéntico conducto, carecería de sentido afirmar que el acreedor quirografario viene a ser una especie de causahabiente del deudor, llamado a aprovechar la gama de mutaciones que se operan en el patrimonio de éste, por fuerza de las sucesivas adquisiciones realizadas, y a soportar las subsiguientes enajenaciones de los elementos activos.

B) Dos errores simultáneos de la tesis tradicional están destinados a desaparecer. El primero reside en la afirmación de que el crédito es una vía tendida a la adquisición de la propiedad (error que se esfuma con la mera consideración de todas las vinculaciones jurídicas, cuyo objeto es la prestación de servicios que nada agregan a la parte activa del patrimonio). El otro consiste en introducir una escisión entre el campo de la propiedad (y de los demás derechos reales), como fórmula para la apropiación de la riqueza, y el campo de los derechos de crédito, que asegurarían la utilización de los servicios. El derecho de crédito puede ser el preliminar de la adquisición de un bien, pero puede representar, también, la forma de obtención de un servicio. La finalidad depende, en todo caso, del contenido de la prestación.

C) El derecho de propiedad no es un derecho total, permanente y exclusivo. Soporta amputaciones parciales –en virtud del carácter de

---

Una de las más importantes exposiciones sobre la distinción de los derechos en reales y personales, y que contribuye a clarificar las nociones ofrecidas, es la obra *Hacia una ciencia realista del derecho (Towards a realistic jurisprudence),* del profesor Alf Ross, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961. Trad. del doctor Julio Barboza.

"elasticidad" que a menudo se le adjudica–[35] que no desnaturalizan la titularidad y que, en cierto modo, aproximan la condición del propietario a la de un verdadero acreedor.

D) El "señorío" sobre la cosa no es un rango esencial del derecho de propiedad. Aparentemente la liquidación del abusus conduciría también a la abolición total de la potestad dominical. Sin embargo, para que el poder de disposición constituya un elemento esencial de la propiedad, sería necesario que no se localizara en otros derechos de contenido patrimonial. Una elemental consideración de la realidad objetiva demuestra, por el contrario, que el poder de disposición existe en todos los derechos reales y aun en los derechos de crédito.

E) El elemento esencial y efectivo de la propiedad es la pertenencia de la cosa al sujeto. Las ventajas que otorga el derecho de propiedad difieren de aquéllas –parciales o temporales– conferidas a los titulares de otros derechos reales o relacionados con el bien. La propiedad no es más que "la relación por la cual una cosa pertenece a una persona".

Ginossar redescubre una noción que, por mucho tiempo, permaneció latente en la doctrina tradicional, y cuya base de sustentación radica en el concepto procedentemente señalado. La idea de pertenencia, en efecto, se halla inmersa en otros derechos subjetivos y, de modo singular, en los derechos de crédito. La pertenencia en los derechos de crédito no se refleja en la suma de dinero, sino en la acreencia. "Una acreencia es un bien perteneciente al acreedor y vinculado a su propio patrimonio por efecto de un derecho de propiedad".

Esta idea de pertenencia es la única susceptible de explicar la obligación pasiva universal, supuesta en los derechos de crédito en igual forma que en los demás derechos patrimoniales.

Los textos positivos no definen la propiedad sobre la base de una "realidad" actuante sobre una *cosa concreta, material, corporal, determinada.* Los preceptos normativos, por el contrario, abarcan conceptualmente tanto los bienes corporales *como los inmateriales* (CC. francés, art. 544; CC. venez., art. 546; CC. italiano de 1942, arts. 832 y 810; y en los sistemas del grupo germánico; BCG., par. 903; CC,

35. *Cfr.*, entre otros, y de modo especial: Barassi, Lodovico: *Propietà e comproprietà.* Dott. A Giuffre, ed., Milán, 1951, pp. 31 y ss., N.° 11; p. 43, N.° 15, y p. 56, N.° 22.

suizo, art. 641), con lo cual la idea de pertenencia de los elementos patrimoniales se difunde hacia los más diversos sentidos. Por tanto, no viene a resultar nueva, la idea de un derecho de propiedad sobre los créditos y la del similar poder de goce y disposición que ostenta tanto el derecho de propiedad sobre un bien corporal, como el derecho de igual signo sobre un bien inmaterial (acreencia, en este caso). El paralelismo se pronuncia cuando se considera que, así como las cosas corporales generan frutos naturales que pertenecen al propietario por derecho de "accesión",[36] los créditos son susceptibles de producir frutos civiles que se adhieren al crédito de un modo artificial.

La similitud puede desembocar en la conclusión de que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, trátese de un bien corporal como de un bien incorporal[37].

Sobre un plano abstracto, el poder de disposición del propietario es equiparable a la facultad del titular de un bien corporal: cesión, enajenación y transferencia del crédito (a título oneroso o gratuito); como a la imposición de gravámenes sobre el crédito mismo (usufructo, prenda, etc.).

Por otro lado, la posesión no está restringida a los bienes corporales, como lo demuestra la norma recogida en el artículo 2.228, CC. francés, art. 771, CC. venezolano, *(possesio iuris).* La protección de la posesión del crédito no adquiere, sin embargo, la misma dimensión que la protección de los bienes corporales: "La propiedad de un crédito no se adquiere por la simple posesión ni el poseedor tiene a su disposición ninguna acción posesoria". Mas ello constituye sólo un detalle de aplicación.

La exclusividad –y la colateral posibilidad de aseguramiento frente a terceros obligados a respetar la realización de la relación crediticia–, no es, por consiguiente, menos parecida a los caracteres que se atribuyen al derecho de propiedad sobre los bienes corporales. Pero si bien el propietario puede "reivindicar" su crédito, en razón de su naturaleza inmaterial una acreencia no es susceptible de desposesión voluntaria. El precedente aserto conduce a examinar, por separado, la acreencia

36. *Cfr.*, Código Civil venezolano, artículo 552. Sin embargo, aparentemente resulta más acorde con la doctrina actual catalogar el derecho a los frutos naturales como una extensión objetiva del dominio (*V.*, al respecto, *infra*, Capítulo IX, Nos. 58 y 59).

37. En la extensión mensurada por el artículo 790 del Código Civil venezolano.

y el título que, por lo regular, forma parte de los bienes corporales del acreedor. La cualidad de acreedor es separable de la cualidad de poseedor del título, aun cuando la íntima conexión entre título (instrumental) y crédito acarree, en caso de pérdida del primero, la cesación de la condición de acreedor (lo cual es perceptible en los casos de *títulos al portador),* aunque no en las demás acreencias, generalmente cesibles, no destinadas a circular con la misma facilidad, y recuperables, dada la hipótesis del despojo, mediante la acción reivindicatoria (CC. venezolano, arg. arts. 548 y 794, segunda parte).

Independientemente de la desposesión, el crédito puede quedar librado a diversos ataques sólo descriptibles –por razones obvias– en el plano incorporal, si bien no menos lesivos que los atentados dirigidos contra los muebles o los inmuebles corporales. El acreedor dispone, entonces, de los instrumentos normales de defensa del crédito recogidos en el ordenamiento positivo: la *acción pauliana,* la *acción de simulación* y la *acción de responsabilidad contra el tercero cómplice.*

II. La localización estructural de la "obligación real" constituye lo que podría considerarse como la segunda fase de la investigación científica emprendida por el profesor S. Ginossar.

A partir del corte practicado en la caución real, en la cual uno de los bienes del deudor queda afectado al cumplimiento de la obligación, Ginossar descubre un postulado de innegable interés: la ilusión de la pretendida "protección" del crédito, perseguida por el acreedor. El deudor, de cualquier forma, estaría obligado a cumplir la prestación contenida en el vínculo obligacional con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, aunque la *hipoteca* y la *prenda* otorguen un "tratamiento de favor" al acreedor: si los bienes del deudor resultaren insuficientes, el acreedor sería pagado con preferencia a los demás acreedores sobre el valor de los bienes dados en prenda o hipoteca.

La transferencia a un tercero del bien "afectado" en garantía, no involucra la variación de la posición jurídica del acreedor. Pero la situación del mismo difiere en cuanto a las prestaciones. El tercero-detentador tiene tres opciones de las que no dispone el deudor principal: el *pago,* el *abandono* y la *purga,* alternativamente. El tercero-detentador no ocupa un lugar comparable al de cualquier tercero sobre quien pesa la obligación pasiva universal. Siendo su obligación activa y alternativa. Comporta una excepción a la prenda común, ya que no se halla personalmente obligado.

La noción de *obligación real* (obligación *propter rem,* obligación ambulatoria) no es reciente. Radica en el Derecho Romano aun cuando su erección en sistema fue obra de los juristas de la Edad Media, y su resurgimiento se produjo en el presente siglo.

El derecho real da origen a vinculaciones obligacionales, en las que el sujeto queda obligado en razón de un bien. La obligación real es el derecho real contemplado desde su ángulo pasivo. Un derecho es *real,* por consiguiente, porque la obligación correlativa es, asimismo, *real* (p. 100, *Op. cit.).* De allí resulta que el *derecho real es un derecho relativo* de una categoría especial.

Con este material de investigación, el análisis científico de S. Ginossar, apuntado a la demostración de la "relatividad" del derecho real se concentra en los dos sustentáculos característicos de la doctrina tradicional: el derecho de persecución y el derecho de preferencia. La expresión "derecho de persecución" es imprecisa y equívoca. Por lo general, la "realidad" de un derecho, por ejemplo, la hipoteca se explica mediante el recurso de su "oponibilidad frente a terceros", pero esta misma expresión asume, por lo menos, cinco significados diversos con relación al derecho real de hipoteca.

Ahora bien, la propiedad, ¿es un derecho real? Para que el derecho de propiedad empalme en el receptáculo de los derechos reales, sería necesario que correspondiera a una *obligación real,* es decir, a un vínculo jurídico en el cual el sujeto pasivo fuese una *persona individual.* Resultaría inútil, en la práctica, individualizar ese sujeto pasivo, ya que la propiedad no es un derecho sobre la cosa ajena, sino *sobre el propio bien.* Interfieren, en consecuencia, determinantes diferencias entre "propiedad" y "desmembraciones del dominio". Las desmembraciones del derecho de propiedad son *todas derechos relativos, derechos de crédito u obligaciones,* en los que el término pasivo es un sujeto *individualmente determinado:* el dueño de la cosa gravada (nudo-propietario, propietario del fundo sirviente, etc.). La propiedad, por oposición, sigue siendo un *derecho absoluto* –mas no real– que se desplaza sobre un peldaño más elevado y en el que el obligado es el mundo entero.

Así como es posible predicar la existencia de un derecho de propiedad sobre los créditos, los derechos reales (derechos relativos) son susceptibles de vinculación dominical a un sujeto. Los créditos reales o personales, ingresan así, en la esfera de los derechos relativos sobre los cuales el sujeto activo (titular) ejerce un derecho de propiedad.

En resumen: "El activo de todo patrimonio aparece como un conjunto de derechos de propiedad que tiene por objeto, bien las cosas corporales que pueden ser muebles o inmuebles, bien derechos relativos de crédito u obligaciones, que pueden ser personales o reales, según la forma de determinación del sujeto pasivo individual" (p. 114, *Op. cit.).*

Con relación a los derechos reales y al derecho de propiedad, el binomio que logra construir Ginossar, difiere básicamente de los postulados tradicionales. La doctrina tradicional en la materia descansa sobre la agrupación de ciertas analogías localizables en ambas categorías, conforme al cuadro siguiente:

a) Propiedad y derechos reales se ejercen sobre una *cosa (res);*

b) Propiedad y derechos reales están dotados del "derecho de persecución";

c) La obligación pasiva univesal es signo constante en la propiedad y los derechos reales;

d) Propiedad y derechos reales son, pues, oponibles a todos, y no comportan más que abstracciones a cargo de terceros;

e) La regla "en materia de muebles, la posesión equivale al título", constituye por lo regular, un obstáculo al derecho de persecución y a la reivindicación (p. 114, *Op. cit);*

f) En materia inmobiliaria, la propiedad y los derechos reales están sometidos a un régimen de publicidad (instrumental);

g) Por contraste con los derechos de obligación, los derechos reales y la propiedad se rigen por el principio de la anterioridad.

Tales analogías no soportan un análisis serio. La misma estructura de los ordenamientos jurídico-positivos, afiliados al grupo francés –para no concentrar la atención más que en un círculo reducido de legislaciones–, autoriza, en opinión de Ginossar, la contrapartida crítica:

a) La determinación del bien no es índice distintivo de la propiedad y los derechos reales. Muchos derechos personales tienen por objeto cosas determinadas. El "derecho real" (como especie caracterizada del derecho relativo) puede conferir al titular un poder de utilización, de goce y de afectación sobre un bien determinado, del que estaría privado el propietario del mismo bien;

b) El derecho de persecución figura como constante del derecho de propiedad y de los derechos reales. El derecho de persecución, en el derecho real, actúa, sin embargo, frente a cualquier propietario sucesivo del bien gravado. En contraste con el derecho de propiedad, el derecho de persecución, opera como instrumento para impedir que el bien se desplace a otros sujetos y para obligar al detentador a restituir;

c) El "tercero" asume una posición diversa en ambos casos. En el derecho de propiedad, tercero es el mundo entero obligado a respetar el dominio; en los derechos reales es el obligado, individualizable, en razón de la carga que grava el bien.

d) La noción de oponibilidad tampoco se integra en un sentido unívoco. Oponibilidad puede significar la cualidad de un derecho de tener como sujeto pasivo el universo entero *(erga omnes),* o la de tener como sujeto pasivo una persona individualmente determinada en razón del bien gravado *(erga quemque).*

e) La obligación pasiva universal, correlativa del derecho de propiedad, es ínsita a éste y característica indefectible de su patrimonialidad. No se concibe que el titular pueda exigir una prestación de signo positivo, por ínfima que sea, al universo entero. En cambio, el titular de una cosa gravada por cargas reales, se halla generalmente sometido a prestaciones positivas cuando el legislador –por meros motivos de oportunidad– no las reduce a simples abstenciones.

III. El precedente catálogo de consideraciones permite descubrir las diferencias específicas que separan la propiedad de los derechos reales. Los derechos reales son derechos relativos ubicados en el mismo plano en que se mueven los derechos de crédito. Tal afirmación significa, simplemente, que la obligación se manifiesta en los derechos reales y en los derechos personales. En ambos es factible señalar un sujeto activo y la correlativa obligación pasiva universal. Las dos categorías, por otra parte, son incomprensibles sin la existencia de un sujeto pasivo individual (deudor). Toda obligación se extingue inevitablemente por confusión, con efectos equiparables a los que ejerce la consolidación en el caso de los derechos reales.

La discriminación entre la especie "derecho real" y la especie "derecho personal" se percibe en el modo de determinación del sujeto pasivo individual. El obligado en el derecho real es el dueño actual del

bien al cual se refiere la obligación real. La sola enajenación del bien traslada el deber jurídico al adquirente, sin necesidad de previo asentimiento de éste o del titular del derecho real, lo que conlleva la liberación del deudor inicial.

Es esta vía la que explica por qué el derecho real no puede entenderse sin un bien individualmente determinado (no necesariamente corporal). Una postura contraria impediría la designación del sujeto pasivo de la relación jurídica.

La diversidad de rangos entre el "derecho personal" y el "derecho real" no se agota en la observación precedente. El obligado a título real se halla sujeto al cumplimiento de la prestación, no con su patrimonio íntegro, sino *intra rem*, con el bien gravado. Lateralmente, el pretensor "real" dispondrá de una garantía reducida (en cuanto al bien), y, por contraste, de un derecho de preferencia frente a otros acreedores del mismo obligado.

Luego de analizar la interferencia del "derecho real" y del "derecho personal", y de constatar que en principio no son categorías excluyentes, la tesis del profesor Ginossar destaca un nutrido conjunto de conclusiones finales, a manera de prolegómeno de su propia clasificación racional de los derechos patrimoniales.

A) Al lado del derecho absoluto (propiedad), el activo patrimonial se integra con los *derechos relativos* (personales y reales), en los que la relación jurídica enlaza a un sujeto determinado (acreedor), quien puede exigir de otro, también determinado (deudor), una prestación activa o pasiva.

B) La nota distintiva del derecho real radica en el hecho de que el deudor (sujeto pasivo), no es una persona *nominalmente determinada* (o, a su fallecimiento, sus causahabientes universales), sino el titular –cualquiera que sea– del derecho de propiedad sobre un bien determinado.

C) La obligación *propter rem* se traslada a cualquier adquirente particular del bien, lo que determina la identidad del sujeto pasivo. De ello se desprende, a modo de corolario obligado, la diversidad de caracteres que el derecho positivo atribuye a los derechos reales: la limitación de la responsabilidad del obligado real al bien en razón del cual está vinculado, el derecho de preferencia sobre ese mismo bien, la aplicación del principio de anterioridad para apreciar la eficacia del derecho

en los supuestos de colisiones conflictuales con otros derechos. Estos caracteres se constatan también en ciertos derechos personales (créditos privilegiados, publicidad de ciertos derechos personales..). En consecuencia, el solo criterio decisivo, para construir la estructura del derecho real, llegaría a serlo, entonces, el modo de determinación del sujeto pasivo.

El sistema racional de clasificación de los derechos patrimoniales quedaría edificado sobre el plan siguiente:

a) El patrimonio se compone únicamente de derechos absolutos, que son todos *derechos de propiedad*. Ahora bien, las cosas ligadas por un nexo de pertenencia al titular del patrimonio son: *corporales* (muebles o inmuebles) o *incorporales*, las que a su vez, comprenden los derechos relativos y los *derechos intelectuales*.

b) Los derechos relativos (derechos de obligación) implican la facultad de exigir una prestación activa o pasiva de otra persona individualmente determinada y son *personales o reales*, o bien *personales y reales* a la vez.

c) Los derechos intelectuales son derechos absolutos. La obligación correspondiente es pasiva y universal. Pero la propiedad intelectual no tiene por objeto una cosa concreta sino una idea, una representación abstracta, y el deber universal de respeto recae sobre los actos de imitación. Por su naturaleza incorporal –al igual que los derechos relativos–, los derechos intelectuales no son muebles ni inmuebles. Lamentablemente, la summa divissio rerum abraza los bienes incorporales, tornando posible una artificial asimilación de los derechos intelectuales en la categoría de los muebles, ubicación que no se compadece con la distinción normativamente disciplinada.[38]

---

38. En cuanto a la recepción de los derechos personales en la categoría de los muebles, y para el derecho mexicano, *v.*, Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano*, tomo III, p. 283. Advierte el autor que lo que otorga condición mobiliaria a los derechos personales no es el objeto al cual se aplican, sino la arbitraria determinación del legislador. En el derecho brasileño, *v.*, De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil*, vol. I, p. 363, N.° 208. El Código Civil brasileño califica expresamente los "derechos de obligación y las acciones respectivas", y los derechos de autor en el rubro de los bienes muebles (art. 48, inc. II y III). En la doctrina venezolana, *cfr.*, Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*, tomo I, Logos, Caracas, 2ª edición, 1951, pp. 585 y 586: "Son muebles [...] los derechos que corresponden a las obligaciones de dar, o hacer, los de propiedad intelectual, etc."

La clasificación racional de los derechos patrimoniales, debida al profesor Ginossar, abre nuevas perspectivas para el tratamiento de los derechos reales en cualquier doctrina del Derecho Positivo, y sitúa al autor en el rango de los juristas que, en nuestros días, han suministrado un impulso decisivo a una materia que parecía haber agotado todos los recursos técnicos en su propia definición.

BIBLIOGRAFÍA

Barassi, Lodovico: *Proprietá e comproprietá.* Dott. A Giuffre, ed., Milán, 1951.

Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral.* Vol. II. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

Dassen, Julio y Enrique Vera Villalobos: *Manual de Derechos Reales* (Parte General, Posesión y defensa posesoria). TEA, Buenos Aires, 1962.

De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge.* Tomo V. Etab. Émile Bruylant, Bruselas, 1941.

De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil.* Vol. VI. Liv. Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1960.

Diniz, María Helena: *Curso de Direito Civil brasileiro.* Direito das coisas. Vol. IV. 13ª edición. Ed. Saravia, Sao Paulo, 1997.

Dominici, Anibal: *Comentarios al Código Civil venezolano* (reformado en 1896). Tomo I. 2ª edición. Caracas, 1951.

Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español.* Vol. II. 2ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance.* Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960.

Ginossar, S.: "Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel". En *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1962, pp. 573 y ss.

Giorgianni, Michele: "Los derechos reales". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1967, tomo I, pp. 9 y ss.

Hernández Gil, Francisco: "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*". En *Revista de Derecho Privado,* octubre de 1962, pp. 850 y ss.

Martín Pérez, Antonio: *La posesión.* Madrid, 1958.

Marty, Gabriel, y Raynaud, Pierre: *Droit Civil.* Tomo I. Sirey, París, 1961,

Mazeaud, Henry, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* I-1. Traducción, Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomo IV. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil.* Tomo III. Editorial Bosch, Barcelona, 1953.
Rigaud, Luis: *El derecho real.* Madrid, 1928.
Roca Sastre, Ramón María: *Derecho Hipotecario.* Tomo II. Editorial Bosh, Barcelona, 1948.
Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano.* Tomo III, vol. 1. Antigua Librería Robredo, México, 1947.
Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado.* Traducción, Francisco F. Villavicencio. Editorial Labor, Barcelona, 1953.

Capítulo VI
La posesión

29. CONSIDERACIONES GENERALES

La diversidad de tratamiento en los sistemas jurídicos actualmente en vigencia y, la variedad de consideraciones dominantes en la doctrina, contribuyen a imprimir a la posesión el carácter de instituto permanentemente abierto al debate.

Todavía hoy, la elaboración de un concepto rigurosamente técnico de la posesión ofrece graves dificultades. Suele afirmarse de modo provisional, que la posesión es un *estado de hecho* por el cual alguien tiene la cosa en su poder; y, según alguna parcialidad, la imagen normal y natural del derecho.

La raíz principal de las discrepancias teóricas reside en que la posesión comprende, a la vez, diversas situaciones jurídicas. El propietario y el titular de cualquier derecho real sobre una cosa tienen un *poder jurídico* sobre el bien que subsiste independientemente de su

ejercicio. La posesión es un *poder de hecho* sobre una cosa, que subsiste con independencia "de que se ajuste o no a un derecho".[1] Una persona puede comportarse como propietario de un bien, desplegar respecto de la cosa actos materiales de goce y de disposición, sin que esa actividad se conecte a un poder jurídico. Un sujeto, igualmente, puede cultivar un fundo, recoger sus frutos, vender la cosecha, comportarse como usufructuario (reconociendo a otro la cualidad de propietario), sin que tal comportamiento le haya sido reconocido en un título creador del derecho real de usufructo. En el primer caso, procede como lo haría el propietario; en el segundo, su conducta se acomoda a la del usufructuario.

La posesión es, en consecuencia –y en principio–, un *hecho*. Pero no un hecho simple, sino un *hecho jurídico*, al cual vincula el ordenamiento normativo importantes consecuencias jurídicas, como la protección de ese *status*, al margen de que se conforme o no a un derecho subyacente, y la posibilidad de que, combinado al transcurso del tiempo, devengue un derecho definitivo sobre la cosa (adquisición del derecho correspondiente por usucapión).[2]

Como generador de consecuencias jurídicas, la posesión es, precisamente, un "estado", una situación *continua y estable*,[3] distinta de otros hechos jurídicos cuya existencia momentánea basta para producir efectos que sobreviven a la causa generadora. La desaparición del hecho posesorio provoca la cesación de los efectos jurídicos. (*Sin embargo, véase infra*, N.° 30).

1. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 9.
2. Se menciona uno de los efectos, tan sólo, de la posesión (en concepto de dueño). Otras consecuencias jurídicas reafirman el aserto incorporado al texto (*infra*, N.° 39). *Véase* García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 10, y el trabajo de este mismo autor: "La doble naturaleza de la posesión", en *Anuario de Derecho Civil*, 1954, pp. 309 y ss.: El conjunto de prerrogativas conferidas por la posesión son *derechos subjetivos* (derechos de posesión, *ius possessionis*), ubicados en la categoría de los *derechos reales*, por cuanto dentro de los límites de una protección posesoria –provisional–, el poseedor goza de un derecho de exclusión, con relación al objeto poseído y frente a los demás sujetos no poseedores. Adaptada a la explicación, resulta la sentencia de la Casación venezolana de 17 de febrero de 1928 (*Memoria*, 1929, p,. 199): "La tenencia misma [...] reviste los caracteres de un hecho *sui generis* , un hecho que por sí solo da nacimiento a determinados derechos, un hecho que por su propia virtud tiene una secuela de consecuencias y al cual la ley concede acciones específicas que lo salvaguardan".
3. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 34.

De otra parte, la resultante más destacada de la relación posesoria es el mantenimiento o el restablecimiento del hecho posesorio, por conducto de acciones calificadas (los interdictos), con lo cual la consecuencia jurídica del hecho mencionado llega a ser la protección del poseedor *por la posesión misma*, sin que ello elimine las otras resultantes ya apuntadas (usucapión del derecho, percepción de los frutos).[4]

30. LA POSESIÓN COMO PODER DE HECHO Y COMO PODER JURÍDICO

La exposición anterior permite entender que, normalmente, quien ostenta un poder de derecho sobre una cosa ejercita simultáneamente un poder de hecho; mas no siempre ocurre así. La posesión, en sentido usual, significa un *poder de hecho*, definible con relación a los poderes fundados en el derecho (propiedad, servidumbres, usufructo) y el cual consiste "en el hecho mismo de ese poder, omisión hecha de que se tenga o no derecho a él".[5] Ese poder de hecho lo ostenta "quien domina la cosa", y no propiamente quien la ley establezca que deba tenerlo.[6] En consecuencia, para conocer si alguien es o no poseedor, y para la tutela procesal del *status* respectivo, la investigación conducente debe dirigirse al examen de la situación de hecho del sujeto frente a la cosa, sin que importe *si corresponde o no a una situación jurídica*, esto es, independientemente de que el poseedor sea o no titular de un derecho real o, en términos más genéricos todavía, si se halla o no dentro de una situación jurídica. Aun el ladrón o el autor –en general– de una privación ilegal del bien que

4. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 34.
5. Albaladejo García, Manuel: "Concepto, estructura y clases de posesión", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, p. 588. En sentido técnico-jurídico la posesión es "el ejercicio de hecho de un derecho" independientemente de que el derecho corresponda "a quien de hecho lo ejercita en su propio interés". Callegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 372. Véase artículo 1.140 del Código Civil italiano de 1942.
6. Albaladejo García, Manuel: *Loc. cit.* Santos Briz, Jaime (*Derecho Civil* ..., tomo II, pp. 28 y 29) apunta que la *mera posesión de hecho*, para ser protegida, no debe consistir en una simple detentación material, la cual no es indispensable para que exista una verdadera posesión de hecho. La *posesión de derecho* puede coexistir con la detentación de la cosa por un sujeto diverso del poseedor "que no tenga este carácter o por otra persona que sí ostente este carácter, incluso frente al poseedor de derecho".

pertenece a alguien, es protegido posesoriamente.[7] Esta imagen, repugnante en apariencia, destaca de modo descriptivo el juicio expresado.

En la jurisprudencia venezolana, la orientación dominante parece adaptarse al cuadro de conceptos esbozados: "En los juicios posesorios, sólo se discute la posesión y toca al querellante demostrar que gozaba de ella para el momento en que se le privó o perturbó, *sin que sea prueba de la posesión* el *título* que produzca el demandante [...] el título sólo acredita propiedad".[8] "Los Títulos pueden examinarse con el fin de caracterizar la posesión, *ad colorandum possessionem*".[9]

Una progresiva espiritualización de la posesión, desemboca en el reconocimiento de consecuencias jurídicas, a pesar de que falte la base fáctica, liberándose, por esta vía, el *derecho de poseer* del *hecho posesorio*. Como poder jurídico (derecho), la posesión se manifestaría en los efectos que ciertas situaciones producen al margen del poder de hecho. Estas situaciones se califican, también, como "posesión". El poder que tiene la persona sobre la cosa no consiste, entonces, en una dominación material y efectiva, sino en el *poder jurídico* que, con independencia del sujeto a quien le está atribuido el derecho sobre el bien, es efectivamente tutelado por el ordenamiento jurídico.[10] De este modo:

a) Quien es despojado por otro de la cosa se ve privado de la posesión corporal, pero conserva durante un año la posesión incorporal o ideal que, con prescindencia del verdadero titular y por actuación de las acciones posesorias le permite recuperar el ejercicio pleno de los actos posesorios (Código Civil, art. 783), o continuar poseyendo *ad usucapionem* si su actuación se dirigía a ello y promueve oportunamente la acción para eliminar el obstáculo.

b) Quien hereda a otro adquiere sobre las cosas un cierto poder jurídico llamado *posesión civilísima*, independientemente de que hayan pasado o no a su poder los bienes heredados (con relación a la sucesión a título universal: Código Civil, art. 781, primera parte).

c) Quien carece de la posesión *inmediata* (*infra*, N.° 36) puede, sin embargo, conservar sobre la cosa cierto poder jurídico (posesión *mediata*) y, por tanto, la posibilidad de ejercer las acciones posesorias dirigidas a mantenerle en posesión de la cosa.[11]

d) El contacto material con la cosa puede perderse como consecuencia de actos violentos o clandestinos, sin que ello implique la desaparición de la posesión (legítima) (Código Civil, arg. art. 777).

---

7. *Cfr.* Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 423.
8. Sentencia de la Casación venezolana, de 30 de noviembre de 1932, *Memoria* de 1933, p. 572. Carece de fundamento la afirmación con sujeción a la cual "no se concibe un propietario sin posesión", "cuando lo cierto es que los títulos no demuestran posesión y, por tanto, los juzgadores no pueden consultarlos para establecerla, por ser la posesión una cuestión de hecho. Los títulos sirven para colorear la posesión, pero no para establecerla, salvo el caso del artículo 780 del Código Civil" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 6 de mayo de 1970, en *Gaceta Forense*, N.° 68, segunda etapa, p. 323). "El derecho a poseer puede ser fehacientemente probado mediante el título de propiedad. Lo que no puede ser objeto de tal género de prueba es la posesión" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de 29 de noviembre de 1973, en Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N.° 11 (1973), p. 68. *Véase*, asimismo, nota 38, Capítulo VII.
9. Sent. de la Casación venezolana, de 30 de abril de 1928, *Memoria* de 1929, p. 262. *V.*, *Jurisprudencia*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, vol. II, p. 55, N.° 2. En el juicio posesorio predomina la prueba testimonial porque sus fundamentos son *hechos* (Sentencia de la Casación venezolana, de 17 de febrero de 1928, en *Jurisprudencia*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, vol. I, p. 301, N.° 6), pero no se descartan los demás medios probatorios, incluso la *experticia* y la *inspección ocular* (Sentencia de la Casación venezolana, de 21 de octubre de 1929, en *Jurisprudencia*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, vol. I, p. 302, N.° 8).

10. Aparentemente resulta difícil imaginar la existencia del derecho de posesión sin el soporte fáctico, ya que el *ius possessionis* se dirige al mantenimiento de un *estado de hecho*. En razón de ello "no hay derecho de posesión que no tenga su origen y su finalidad en el hecho de la posesión", (García Valdecasas, Guillermo: "La doble naturaleza de la posesión", *Rev. citada*, p. 313). No obstante, el sistema normativo da cabida, en ciertos casos, al derecho de posesión aun cuando la base fáctica se encuentre minimizada o haya desaparecido, o lo reconoce a favor de un sujeto distinto del que aparece como sujeto del hecho posesorio (la facultad de recobrar el ejercicio de los actos posesorios sobrevive durante un año a contar del despojo, por ejemplo). Del mismo modo, encuadran en la observación de García Valdecasas: la transmisión del derecho de posesión al heredero a la muerte del causante (poseedor), lo que lo legitima activamente para promover las acciones de amparo o de restitución contra el autor de la perturbación o del despojo. Advierte García Valdecasas, sin embargo, que el conjunto de casos hipotizados no implica la desvinculación absoluta entre el derecho de posesión y el hecho posesorio, que sigue siendo la fuente del primero y su finalidad esencial (*Loc. cit.*, p. 315).
11. *Cfr*. Albaladejo García, Manuel: "Concepto, estructura y clases de posesión", *Rev. cit.*, p. 589; y Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, pp. 37 y ss.

c) Por otra parte, el poder de hecho se mantiene en tanto sea factible la reasunción de la disponibilidad física, en la medida en que un tercero no haya subentrado en tal disponibilidad. Así ocurre, por ejemplo, cuando el poseedor ha extraviado la cosa en un lugar de difícil acceso y la localiza al cabo de cierto tiempo.[12]

Sin embargo, es evidente que, al menos en la fase inicial, se exija el poder de *hecho* efectivo sobre la cosa, aun cuando los elementos constitutivos del "corpus" posesorio sean menos rígidos en las fases sucesivas de la actuación posesoria. En estas últimas el poder de hecho puede pervivir no obstante la ausencia de contacto físico con la cosa.[13]

31. CONCEPCIONES HISTÓRICAS DE LA POSESIÓN

El estudio histórico de la institución demuestra que la posesión no ha ostentado siempre un significado unitario. Dos grandes corrientes han modificado el concepto vulgar de la posesión, imprimiéndole sentidos divergentes que han penetrado, más o menos rigurosamente, en la edificación de las normas actualmente en vigencia en muchos países.

A) *La concepción romanística de la posesión*

Observa Antonio Martín Pérez que el estudio de la posesión en Roma aparece profundamente complicado, dada la contraposición de dos sistemas científicos –el de Savigny y el de Ihering–, que provocaron una doble imagen de esta institución, por la diferencia de apreciación de sus elementos.[14] Para Savigny, la posesión es producto de la concurrencia de dos elementos: el *corpus* (elemento físico o material expresivo de nuestra actuación sobre la cosa) y el *animus* (elemento intencional o voluntario que evidencia la intención del sujeto con respecto a la cosa poseída). El *corpus* no es, sin embargo, la simple tenencia material de la cosa, ya que para que exista "es suficiente que pueda ejercitarse acción inmediata sobre la cosa":[15] posibilidad simple de actuar sobre el bien y de excluir a los demás en esta actuación, con lo

12. Sacco, Rodolfo: *Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto*, p. 9.
13. Sacco, Rodolfo: *Il possesso*, p. 12.
14. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, pp. 33 y ss.
15. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 38.

que se establece una analogía con la propiedad. Tal grado del *corpus* es necesario para adquirir la posesión. Para conservarla basta con el *corpus* en otro grado.[16] La pervivencia de la posesión en consecuencia, no exige el conjunto de actos materiales que demuestren el poder sobre la cosa, pero si la posibilidad de reproducir "a nuestra voluntad esa relación inmediata". La posesión se esfumaría si esta posibilidad desapareciera. Tal es el punto de vista de la concepción subjetiva.[17]

El *animus*, según Savigny, viene a ser el elemento calificador de la posesión que permite diferenciarla de la *mera detentación*. El *animus* es la voluntad de tener la cosa como dueño. De ordinario, el *animus* se manifiesta como declaración explícita del poseedor, pero también como acto material que sea expresión clara de la voluntad de tener la cosa como propia[18] *(animus domini o animus rem sibi habendi)*.

Crítica de la doctrina de Savigny

a) La doctrina precedentemente esbozada no explica la totalidad de los casos que, en Roma, podían ser estimados como posesión.[19] Savigny cataloga como hipótesis excepcionales aquellas en las cuales, sin existir el *animus domini*, se otorgaba al precarista, al acreedor pignoraticio y al secuestrario la protección posesoria.

b) Los elementos *corpus y animus* aparecen rígidamente separados.

La doctrina (objetiva) de Ihering representa la oposición más elaborada a la teoría de Savigny. El elemento *corpus* cumple la función de dar a conocer a los terceros la existencia de la posesión respecto de la cosa que es objeto de ella. No se trata del mero contacto físico con una cosa, que en sí mismo nada significa. Es el *hecho de la voluntad*, por lo que resulta criticable practicar una impermeabilización absoluta entre este elemento y el *animus*. El *animus* se evidencia en la actuación posesoria. "Siempre que se exteriorice el comportamiento adecuado, ello estará motivado por una voluntad de poseer, *animus possidendi* que aparece así implicado

16. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 38. Con relación al estudio del concepto savignyano, *véase*, Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano*, III-2, pp. 190 y ss, y Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 31.
17. *Cfr.* Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 21.
18. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, pp. 211 y ss.; Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil mexicano*, III-2, p. 196.
19. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 39.

o embebido en la actuación posesoria. La intención subjetiva de poseer como dueño no se requiere, por lo que no puede radicar en ella, como quería Savigny, la diferencia entre posesión y simple detentación. Todo detentador es, en principio, poseedor".[20] La posesión, por tanto, no requiere un animus calificado *(animus domini)*. El *animus possidendi* se manifiesta a través de la actuación posesoria, por lo que resultaría ocioso comprobarlo por una indagación subjetiva.

B) *La concepción germánica de la posesión*

En el derecho germánico del alto medioevo, la institución correspondiente a la posesión romana es la Gewere.[21] Dada su naturaleza específica, resulta equívoco traducir el vocablo en su aceptación latina.

Los germanos no alcanzaron a diferenciar la situación de hecho posesoria del ejercicio del derecho real correspondiente. La *gewere* aparece como la exteriorización del derecho real sobre la cosa. Es, sustancialmente el aspecto exterior del derecho de propiedad, pero es –también– un concepto flexible adaptable a todos los tipos de goce.[22]

Pueden distinguirse diversas clases de *gewere*. Por una parte, la *gewere* jurídica, que equivale a la titularidad del derecho real y que se obtiene por la pervivencia de la *gewere simple* por más de un año (posesión continuada de año y día). De ella deriva la presunción, inherente a la *gewere*, de existencia de un derecho real; pero puede ocurrir que detrás de la exteriorización no exista un derecho verdadero, en cuyo caso la colisión entre el derecho real y la *gewere* se resuelve a favor del primero. "Mientras el titular del derecho no impugne en forma legal, la *gewere* sigue produciendo sus efectos, que hacen de ella una relación jurídica independiente del derecho material".[23] Por otra parte se encuentran la *gewere corporal* y la *gewere ideal*. La primera puede estar únicamente apoyada en la relación de hecho carente de *título jurídico*; la segunda "es la que existe, con independencia de la relación efectiva con la cosa, especialmente en tres casos" (en el reconocimiento de la *gewere* en el heredero, desde el momento de la muerte del causante, aunque no haya recibido los bienes hereditarios; en el caso de despojo; y cuando una decisión judicial reconoce la *gewere* y mientras ésta se haga efectiva sobre el fundo[24].

20. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 40.
21. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, pp. 13 y 14; Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 45.
22. *Véase, Novissimo Digesto italiano*, vol. VII, voz "gewere", p. 829.
23. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, pp. 13 y 14.

C) *La función social de la posesión*

El profesor Antonio Hernández Gil en su obra *La función social de la posesión*, ha puesto de relieve que, en la actualidad, la posesión cobra mayor importancia en razón de la función social que le está atribuida, al expresar la proyección del hombre al exterior. Por ello, tanto la regulación del instituto, como de las acciones enderezadas a su defensa, son frágiles y resultan a la postre insuficientes para garantizar la seguridad jurídica perseguida por la tendencia a la socialización. La posesión, por otra parte, adquiere una nueva dimensión al trasladar su contenido, a las exigencias político-económicas de una sociedad masificada e industrial. Ello se traduce, no propiamente en la decadencia de la posesión, sino en un cambio de signo de la misma, bien por los medios creados por otras esferas del derecho positivo, para el tratamiento de cuestiones típicamente posesorias que antes eran materia exclusiva de tutela por el cauce de los interdictos, bien por el hecho de que la nota de exclusividad (semejante a la que se adjudica al derecho de propiedad) ha dejado de ser paulatinamente el resorte de la ordenación posesoria. La función social determina, por otro lado, que la autonomía privada sea limitada en el sector de la posesión. Todo el proceso de expansión de la economía y el creciente intervencionismo estatal, hacen cada vez más ilusoria la defensa de la posesión con el auxilio de los interdictos –reducidos al de amparo, al restitutorio y al de obra nueva– utilizados de modo fundamental para reprimir extralimitaciones en los medios rurales o, en la construcción de edificios. Buena parte de las figuras tipificadas en el Código Penal, subsanan situaciones fácticas que anteriormente alimentaban el mecanismo de las acciones posesorias. Por lo demás, el principio recogido en el artículo 464 del Código Civil español (art. 794 del Código Civil venezolano), pierde progresivamente valor frente al requerimiento de orden administrativo que organiza el registro de bienes muebles corporales de cierta significación y entidad.

24. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, pp. 46 y 47. *Consúltese* también, Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, pp. 89 y ss.

32. OBJETO DE LA POSESIÓN

En la actualidad no es posible sostener –como en el Derecho Romano– que sólo los bienes corporales son objeto de la posesión. La posesión, en consecuencia, puede ejercitarse sobre las cosas materiales como sobre los derechos. Quedan excluidas las cosas que están fuera del comercio (cosas comunes, bienes del dominio público) (*retro*, Capítulo II, N.° 12),[25] los derechos de familia, los derechos de la personalidad y los derechos políticos, así como las cosas futuras. Del propio modo, es perfectamente admisible la posesión de cosas *singulares* y de *universalidades* (de hecho y de derecho), pero escapan del marco del instituto –por lo menos en cuanto a la posesión *autónoma*– las partes no separadas del todo compuesto.[26]

La adaptación de la actividad posesoria a las cosas corporales y a los derechos, se percibe del contenido de la norma inserta en el artículo 771 del Código Civil. La expresión "goce de un derecho", allí recogida, resulta para algún sector una reminiscencia clara de la *quasi-possessio* romana, descartable en el estado actual de la doctrina, que aboga por un concepto unívoco de la posesión, dentro de la cual caben las cosas (corporales) y los derechos (poseíbles), desde luego que es perfectamente lógico concebir un poder de hecho referido a un derecho.[27]

Pero la posesión de derechos no debe confundirse con la tenencia *corporal* del derecho. La posesión de un derecho consiste en *tener de hecho el poder ínsito al derecho de que se trate* o, en otros términos, en la actuación posesoria sustantivamente idéntica a la manifestación

25. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, II-4, p. 137. A pesar de que en el sector del derecho de familia se habla de "posesión de estado" (de hijo legítimo, por ejemplo), la frase no puede interpretarse en conexión al poder sobre una cosa, sino como exteriorización de una situación que sirve de apoyo para evidenciar un *status*; *véase*, Dassen-Vera Villalobos: *Derechos reales*, p. 34.
26. La posesión de la cosa principal comprende la de las pertenencias. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, p. 17. De manera expresa: Código Civil argentino, artículo 2.403, presuntivamente. Según Bastidas (*La posesión*, p. 221), rigurosamente hablando, no hay posesión de derechos. En contra, Certad, Leonardo: "Ámbito de protección de la querella restitutoria", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, N° 133 (1968), pp. 53 y 55.
27. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 17.

de la titularidad. Así, por ejemplo: posee un derecho de usufructo la persona que, independientemente de pertenecerle o no ese derecho, tiene la cosa, la usa y deriva de ella sus frutos como usufructuario. Por este conducto, es admisible la escisión entre *posesión del derecho y posesión de la cosa*. Quien posee el derecho de usufructo posee también la cosa usufructuada; pero puede ocurrir que teniéndose –de hecho– el poder, se posea el derecho pero no la cosa sobre la cual recaiga el derecho (ejemplo, quien posee la servidumbre y no ejercita actos posesorios sobre el predio sirviente. Es concebible, también, la posesión de la cosa divorciada de la posesión del derecho sobre ella (ejemplo, el depositario posee la cosa, mas no posee derecho alguno).[28]

La mayor dificultad que enfrenta la doctrina consiste en el deslinde necesario entre los *derechos poseíbles*. La mayoría de los autores traza los límites entre derechos susceptibles de ser poseídos y derechos que escapan de este efecto, con base en la usucapión y la tutela interdictal. Desde este punto de vista, y en cuanto a la usucapión, sólo los derechos reales podrían ser adquiridos a través de ella y serían, por tanto, los únicos poseíbles.

Por ello, la protección interdictal se fundamentaría en la perturbación o el despojo con relación a una *situación de hecho*, correspondiente al contenido de un derecho ejercitado sobre una cosa material. Pero si el derecho no incide sobre una cosa, y en particular, cuando el objeto es el hecho de una persona, resultaría inconcebible que el solo comportamiento de un adversario lleve consigo la perturbación o el despojo. "El acreedor sigue siéndolo y ejercita igualmente su derecho" pese a que se le impida el goce de las utilidades comprendidas en el crédito.[29] El orden de ideas precedente demuestra que un sector considerable de la teoría actual de la posesión entiende sólo susceptibles de posesión los *derechos reales*, en la esfera de los derechos patrimoniales.

Sin embargo, algunas derivaciones dentro de la investigación jurídica de la posesión han tratado de indagar en otras determinantes, para decidir las posibles actuaciones posesorias correspondientes a los derechos. Con ello se demuestra que no todos los derechos reales son poseíbles y que, en cambio, no toda la gama de derechos de crédito queda situada al margen de la posesión. La fórmula genérica de este

28. Albaladejo García, Manuel: *Loc. cit.*, p. 594.
29. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 92.

proceso de reclasificación de los derechos poseíbles, puede recibir el siguiente enunciado: En principio son susceptibles de posesión todos los derechos privados patrimoniales. Quedan, pues, marginados los derechos de la personalidad y los derechos de familia. En el sector de los derechos patrimoniales, sólo son poseíbles "aquellos susceptibles de ejercicio que pueda ser (al menos parcialmente) reiterado, pues si no, no es posible tener sobre su objeto un poder, de hecho, duradero, sino únicamente un poder de hecho que se agotaría en un solo acto", poder no estimable como posesión.[30]

Por ejemplo: se puede poseer el derecho real de usufructo, porque sobre la cosa objeto del mismo cabe tener un poder *permanente* que jurídicamente corresponde al usufructuario, pero no es poseíble el derecho a cobrar una suma de dinero, ni el derecho real de retracto, porque el ejercicio del primero se agotaría en el pago, y el retracto con la adquisición de la cosa objeto del derecho en cuestión.

Serían poseíbles los derechos reales de propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, prenda y anticresis; y los *derechos de crédito* como el arrendamiento, el comodato, el mutuo y la renta vitalicia. "No pueden ser objeto de posesión los derechos de crédito que se agotan recibiendo una prestación de tracto único", o los *derechos reales* que, como la hipoteca o el retracto, se agotan también en un acto único y no son susceptibles de ejercicio *reiterado*, al menos de un modo potencial.[31]

33. ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN

Prescindiendo de algunas corrientes tradicionales, según las cuales una relación de hecho durable como la posesión, no es susceptible de adquisición sino de *iniciación* (Bonfante, Albertario),[32] con base en el ordenamiento normativo –por trasplante de los modos de adquirir los derechos reales–, las formas de adquisición de la posesión suelen ser agrupadas en el molde de los *modos originarios* o dentro de los *modos derivativos*.

30. Albaladejo García, Manuel: *Loc. cit.*, p. 596. *Véase* asimismo, José Luis de los Mozos: *Tutela interdictal de la posesión*, pp. 215 y ss.

31. Albaladejo García, Manuel: *Concepto, estructura...*, p. 596; y Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, pp. 96 y ss. En contra, y por la específica formulación del artículo 1.140 del Código Civil italiano de 1942; Callegari, Daniel: *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 374. Sobre la argumentación en pro de la poseibilidad del derecho real de prenda, *véase infra*, Capítulo XII, N.° 72, nota 16. Expresamente, sobre la prenda, *véase* último aparte del artículo 1.153 del Código Civil italiano de 1942 (sin embargo, la prenda no puede adquirirse allí por usucapión).

Conviene advertir que el Código Civil venezolano –a diferencia del Código Civil español (art. 438 y siguientes), del Código Civil portugués de 1966 (art. 1.263) y del Código Civil brasileño (art. 493), criticado por Orlando Gomes por su inútil y especiosa discriminación,[33] a manera de ejemplos– no cataloga dentro del capítulo dedicado a la disciplina de la posesión los módulos capaces de provocar el nacimiento o la traslación de la actuación posesoria, de un modo organizado y sistemático. Teóricamente, la agrupación de tales moldes soporta el siguiente orden:

A) *Adquisición originaria*

La posesión puede iniciarse directamente por el solo comportamiento del poseedor, esto es, por *acto unilateral del adquirente* (por hecho propio), "sin el concurso de la voluntad del poseedor anterior".[34] Dentro de esta fórmula se inserta la asunción voluntaria del ejercicio del poder de hecho sobre la cosa, en tanto dicho ejercicio corresponda a un determinado derecho y se localice en el sujeto el "animus" correspondiente. La forma más simple de adquisición originaria es la *aprehensión*, la cual no debe interpretarse siempre como *acto material*. La progresiva espiritualización de la aprehensión, en efecto, lleva a darle entrada aun faltando la proximidad material, cuando la cosa es puesta por otro sujeto a disposición del poseedor o tiene éste la posibilidad actual y material de actuar sobre ella. Ejemplos ya clásicos: un agente coloca en los almacenes del poseedor, a disposición de éste, un bien o un grupo de bienes que considera abandonados por su anterior titular; el dueño de un estanque decide conservar para sí los peces que han penetrado en el recipiente.[35] En uno y otro caso, el bien se hallará dentro del radio de

32. Martín Pérez, Antonio: *Op. cit.*, p. 108.

33. *Véase*, Dassen-Vera Villalobos: *Derechos reales*, p. 74.

34. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 109. Callegari, Dante: *Op. cit.*, p. 376.

35. Montel, Alberto: Voz "Possesso (Diritto Civile)", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, p. 365.

disponibilidad del sujeto, quien voluntariamente podrá establecer la relación de contigüidad material.[36]

El requisito, de hecho, para la adquisición funciona, por tanto, por la sujeción de las cosas y de los derechos poseíbles, a nuestra voluntad.[37]

Necesario a la adquisición de posesión es el elemento "animus", mas ello no se traduce en la *capacidad de obrar* localizada en el sujeto. En el derecho venezolano, la adquisición de la posesión es un *acto* jurídico no negocial, un comportamiento. Con este aserto, se elimina la necesidad de la *capacidad negocial* y la posible impugnación de la adquisición, con base en las reglas propias de la impugnación de los negocios jurídicos.[38] Bastará sólo la *capacidad de entender y de querer*, por la cual pueden adquirir la posesión de las cosas y de los derechos los menores, por ejemplo, siempre que tengan esta capacidad (no así el niño de corta edad o el demente que no dispone de momentos lúcidos, incapaces de tener idea exacta de la dimensión o de la proporción de sus actos).[39]

B) *Adquisición derivativa*

La adquisición derivativa supone el concurso de un poseedor anterior cuya actuación crea el "status" en el sujeto de que se trata. Esta forma se verifica:

a) Mediante la *traditio* o entrega que haga el anterior poseedor de la cosa mueble o inmueble, a un nuevo poseedor, "en forma de ponerla en poder de él".[40] La *tradición* efectiva o material, para surtir sus efectos, ha de ser *voluntaria*, se excluye, por ello, una entrega lograda mediante la violencia o la amenaza ejercida contra el "tradens", al menos como base para la posesión legítima. Por otra parte, y por su misma esencia, la tradición involucra una voluntaria renuncia de la posesión a favor del accipiens. Al lado de esta especie se concibe también, la *tradición simbólica (indirecta o ficta)*,[41] que se verifica, en cuanto a los bienes inmuebles, con el otorgamiento del instrumento de propiedad (Código Civil, art. 1.488), y en cuanto a los muebles, por la entrega de las llaves de los edificios que los contienen (Código Civil, art. 1.489).

Pese a todo lo expuesto, una respetable corriente de la doctrina entiende que la adquisición de la posesión no puede cristalizar sino en forma *originaria*.[42]

b) Mediante la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*. Ambas formas tienen un denominador común: la posesión se transmite sin que sea necesario el desplazamiento de la cosa de manos de quien la detenta. La modificación del concepto posesorio es meramente subjetiva.

La *traditio brevi manu* y el constituto posesorio operan eficazmente, tanto en el ámbito de los muebles como en el de los inmuebles, y genéricamente –como reflejo de la advertencia hecha– se designan con el calificativo de *entrega consensual.*

La *traditio brevi manu* se configura cuando el sujeto que ya detentaba la cosa en nombre ajeno, adquiere la posesión en nombre propio con el *consentimiento del poseedor en concepto de dueño*

---

36. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 218.
37. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 112.
38. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 33.
39. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 218; Albaladejo García, Manuel: "Adquisición y pérdida de la posesión", en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1963, p. 118; Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, pp. 54 y 55. Código Civil portugués de 1966, artículo 1.266.
40. Messineo, Francesco: *Manual...*, IIII, p. 219. Albaladejo García, Manuel: "Adquisición y pérdida de la posesión", en *Revista citada*, p. 117, sostiene que el hecho de poseer no es transferible al mismo rango y con similares características que la transmisión de un derecho. Pero acepta que la frase "transmisión de la posesión" es correcta cuando significa que el poder de hecho lo adquiere una persona porque otra, desprendiéndose de la cosa, se la entrega confiriéndole el poder de poseer.
41. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 221; Trabucchi, Alberto: *Istituzioni...*, p. 425.
42. Para un denso sector de la doctrina, sobre todo en Italia (Barassi, Montel, Luzzato, Dusi, Protetti) la posesión no puede ser adquirida sino a *título originario*, bien porque es una situación de hecho, bien por cuanto la adquisición de la posesión se presenta como un *acto jurídico* y no como un negocio, ángulo desde el cual se presenta como *acto unilateral* del sujeto. El hecho de que la adquisición se verifique con el concurso de un precedente poseedor no cambia la adquisición de originaria en derivativa. La *tradición* no conlleva una *sucesión jurídica*, según Protetti, y por ello no resultaría eficaz sin una efectiva adquisición de la cosa (Protetti, Ettore: voz "Possesso", en *Enciclopedia Forense*, dir. por G. Azzariti, vol. V, p. 726). Barassi y Funaioli han destacado que la tradición *simbólica* no es más que una faceta de la "traditio" atenuada, por cuanto a través de ella se logra el efectivo ingreso del adquirente en la posesión de la cosa con medios que se lo aseguran (*Cfr.* Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 122).

(traditio solo animo).[43] Como el arrendatario a quien el dueño le vende la cosa arrendada. Esta modalidad produce, por consiguiente, la mutación de la *detentación* en *posesión*, mecanismo inconfundible con la *interversión del título* (*infra*, Capítulo XII, N.° 74, especialmente), en la cual la transformación de la posesión en nombre ajeno, en posesión en nombre propio, se verifica en contradicción y sin la voluntad del poseedor en concepto de dueño.

El *constituto posesorio* tiene lugar cuando el poseedor, *en concepto de dueño*, "enajena la cosa, *pero continúa poseyendo en nombre del adquirente, como poseedor inmediato*"[44] (*V.*, Código Civil portugués: art. 1.264, Código Civil de Etiopía: art. 1.145, N.° 1). Aun cuando tampoco en este caso el bien sale materialmente del poder del sujeto que ya lo tenía, existe una pérdida efectiva de la posesión (en nombre propio) para quien pasa a ser mero detentador (como arrendatario, o como comodatario, del bien que antes le pertenecía). La disociación de dos sujetos, uno el poseedor en su caracter de dueño, y el otro el poseedor en concepto distinto del de dueño, es ostensible.

c) Mediante la *tradición documental*, que se verifica por conducto de la entrega material o consensual de *documentos especiales que representan cosas muebles*, de manera que la tradición del documento equivale jurídicamente a la tradición de las cosas representadas por el documento, "porque la posesión (de éste) tiene la eficacia de la posesión de las cosas muebles mencionadas en él",[45] por ejemplo la transmisión de los certificados de depósito.

43. Con lo cual desaparece el poseedor primitivo en concepto de dueño (poseedor mediato).
44. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 122. El vendedor que no consigna el bien enajenado, ¿conserva la detentación o la posesión? La interrogante, planteada en más de una oportunidad, ha recibido respuestas disímiles de parte de la doctrina. Para Coviello y Stolfi (cit. por Protetti, Ettore: *Op. cit.*, p. 727), la enajenación de la cosa comporta la tansferencia de la posesión al adquirente, en tanto que el enajenante devendría en mero detentador. En la orilla opuesta, Tartufari, Butera, Pugliese y Deiana, consideran que la verdadera posesión quedará radicada en el enajenante. Greco y Cottino, con la Casación italiana (Sent. de 18 de diciembre de 1964, n. 2.018, *Foro Italiano*, 1965, I, col. 18) estiman que es inadmisible deducir *a priori* que el enajenante conserva la posesión del bien vendido. No existe presunción alguna en este sentido (*v.*, "Rassegna di Giurisprudenza", por Andrea Torrente, en *Rev.* di *Diritto Civile*, N.° 2, 1965, parte II, p. 99).

C) *Transmisión ("mortis causa") y unión o accesión de posesiones*

La terminología manejada para definir la continuación de la posesión ejercida por el causante es, al respecto, variable en doctrina. Las situaciones reguladas en el artículo 781 del Código Civil venezolano –para su mejor comprensión, solamente– han sido agrupadas con frecuencia bajo los rubros *sucesión en la posesión y accesión de posesiones*. Con las justificables reservas, adoptaremos la denominación corriente.

a) *Transmisión "mortis causa" (continuación o sucesión a título universal en la posesión)*

Por *ministerio de la ley*, la posesión ejercida por el causante se transfiere al causahabiente a *título universal* (Código Civil, art. 781, párrafo primero), sin modificaciones en la cualidad de la posesión y en sus eventuales vicios.[46] La posesión queda así comprendida entre los bienes, derechos y obligaciones del causante que no se extinguen con su muerte, transfiriéndose a los herederos por conducto de la sucesión universal. La posesión se transmite al heredero *desde la muerte del causante*[47] (Código Civil portugués, art. 1.255; Código Civil italiano de 1942, art. 1.146, primera parte), incluso a los menores, entredichos e inhabilitados.[48]

La sucesión *necesaria* en la posesión puede concebirse, no sólo en la que se ejerce en nombre propio y a título de dueño, sino también en la mediación posesoria. El heredero del detentador ejercerá la posesión en el mismo concepto del causante, por lo cual la interversión del título, para que pueda considerarse la modificación en el concepto posesorio, debe operar en la forma prevista en el artículo 1.961 del Código Civil.

b) *La unión (conjunción o accesión)* de posesiones es *facultativa* y se verifica cuando se trate del *sucesor a título particular* (por ac-

45. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 222.
46. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 223.
47. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, pp. 127 y 129; De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, p. 206. En Venezuela la sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del *de cuius* (Código Civil, artículo 993).
48. *V.*, *Repertorio del Foro Italiano*, 1956, voz "Possesso", N.° 45, y Protetti, Ettore: *Possesso*, p. 729. Montel, Alberto (voz "Possesso. Diritto Civile"), *Loc. cit.*, sostiene que la sucesión en la posesión opera en los supuestos de sucesión de *personas jurídicas* y, en particular, en los de *fusión o incorporación de sociedades* (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, p. 374).

tos *inter vivos* o por causa de muerte). El causahabiente puede unir, a la propia posesión, la que ejercía el causante para gozar de los efectos de ella, acciones posesorias, adquisición de los frutos, usucapión[49] (Código Civil, art. 781, párrafo segundo; Código Civil portugués, art. 1.256; Código Civil italiano de 1942, art. 1.147).

Para que actúe cabalmente la accesión, es necesario que las dos posesiones tengan el mismo objeto y se encuentren colocadas en el mismo plano; una posesión a título de servidumbre no podría unirse a una posesión a título de propiedad.[50]

La posesión, por último, puede adquirirse a través de *representante* bien sea legal o convencional. La representación puede tener lugar para la adquisición simultánea del *corpus* y del *animus*, o sólo para el *corpus*. Sin embargo, el representante debe exteriorizar la voluntad de adquirir la posesión en nombre del representado y éste la voluntad de adquirir por medio del representante.[51] Se admite la adquisición a través de la *gestión de negocio*, desde el momento en que se verifica la *ratificación* por parte del "dueño" del negocio gestionado.[52]

34. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

La posesión se pierde:[53]

A) *Por la desaparición simultánea del "corpus" y del "animus"*

Constituye la hipótesis más frecuente de pérdida de la posesión y ocurre:

49. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, pp. 223 y 224. Código Civil brasileño, artículo 496 *in fine*. Sentencia de la Casación venezolana de 13 de julio de 1959, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, N.º 25, pp. 43 y ss.: La unión de posesiones, conforme al artículo 781 del Código Civil, requiere la previa comprobación de las posesiones que se trata de conectar. Aun probada la posesión del causante, el causahabiente a título particular debe también probar la que ejerce, pues la posesión del primero no continúa de pleno derecho en el segundo, como ocurre en la hipótesis de sucesión a título universal.
50. Protetti, Ettore: *Possesso*, *Loc. cit.*, p. 729.
51. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, p. 53.
52. Montel Alberto: voz "Possesso. Diritto Civile", en *Novissimo Digesto Italiano*, p. 374.
53. Código Civil brasileño, artículo 520: "La posesión se pierde por abandono, por la tradición, por la pérdida o destrucción de las cosas o por quedar fuera del comercio, por la posesión de otro, aun contra la voluntad del poseedor, si éste no fuere mantenido en la posesión o no le fuere reintegrada, por el *constituto posesorio*".

a) *A través de la enajenación de la cosa poseída.* El adquirente, por efectos del acto de transmisión a título gratuito u oneroso, posee, en lo sucesivo, el lugar del anterior poseedor;

b) *Por el abandono de la cosa poseída.* El abandono realizado por el poseedor conlleva la voluntaria abdicación del derecho a poseer. La cosa se convierte en *res derelicta* (para los efectos, *véase* Capítulo XI, N.º 67, B).

B) *Por la pérdida del elemento corporal solamente*

El poseedor conservará el *animus* solamente. Se constata en dos casos:

a) Cuando un tercero se apodera, de hecho, de la cosa. No debe olvidarse, sin embargo, que el poseedor dispone, durante un año a contar del despojo consumado, de la correspondiente acción recuperatoria;

b) Cuando, sin intervención de nadie, la cosa *escapa materialmente* de su detentador, como un bien mueble extraviado.[54]

C) *Por la pérdida del elemento intencional*

Este supuesto es de difícil ocurrencia en la práctica. Normalmente, no puede imaginarse que una persona deje de tener la intención de poseer, aun cuando continúe ejercitando actos materiales que se proyecten sobre el bien. En los casos utilizados por la doctrina para ejemplificar la hipótesis, se observa –antes que pérdida– una transformación del concepto posesorio. Así, cuando el poseedor, en concepto de dueño, enajena la cosa pero sigue poseyéndola por cuenta del adquirente, a título de arrendatario o de depositario. (*Constituto* posesorio. *V.*, *supra*: "Adquisición de la posesión").[55]

Conforme al artículo 460 del Código Civil español, la pérdida de la posesión se verifica:

a) *Por abandono de la cosa* (figura opuesta a la ocupación y la cual supone, por consiguiente, la desposesión *animo et corpore*).[56]

54. Planiol, Marcel: *Los bienes*, p. 71. Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil...*, II, p. 217.
55. Planiol, Marcel: *Los bienes*, p. 72. *Consúltese*, además, Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, II-4, pp. 182 y ss.
56. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 149.

b) *Por cesión hecha a otro, a título gratuito u oneroso;*

c) *Por destrucción o pérdida total de la cosa,* o por quedar ésta *fuera del comercio;*

d) *Por la posesión de otro,* aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.[57]

En el ordenamiento normativo venezolano no están expresamente consagrados los medios que engendran la pérdida total o parcial de la posesión.

35. GRADOS O ESPECIES DE POSESIÓN

A) *Posesión natural y posesión civil*

El valor de esta clasificación es puramente teórico. No tiene interés desde el ángulo del Derecho Positivo. La posesión natural, en nombre del dueño, aun cuando se encuentra protegida por ciertas acciones tutelares, no puede servir de base para la adquisición del dominio. La posesión civil –en concepto de dueño– es el goce de un derecho o el disfrute de una cosa, unidos a la intención de tener la cosa o el derecho como propios. La posesión natural es una mera detentación y no requiere sino el elemento material *(corpus).* La posesión civil exige la conjunción del *corpus y el animus.*

B) *Posesión y tenencia (detentación)*

La confusión entre posesión y tenencia no es admisible, por más que el Código Civil aluda a la posesión cuando sólo existe tenencia (art. 771).[58]

La detentación designa dos conceptos disímiles: tanto la *posesión en nombre ajeno* como la *relación material* con la cosa. En el primer sentido presupone la presencia de un elemento subjetivo, el *animus detinendi,* el cual no debe identificarse ni con el *animus domini* ni con el *animus iure in re untendi.*[59] En la posesión del detentador emerge el

57. Para la crítica a algunas de estas formas, *v.,* Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil,* III, pp. 72 y ss.
58. Certad, Leonardo: *La protección posesoria,* pp. 15 y 16.
59. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso,* p. 25. Protetti, Ettore: voz "Possesso", *Op. cit.* p. 725. Conforme a la sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y

implícito reconocimiento de una preeminente posesión por otro (posesión de grado superior). Supone el reconocimiento en otro de la cualidad de poseedor de la cosa, sobre la cual se ejercitan los actos posesorios.

Habrá detentación y no posesión en las hipótesis de quien tiene la cosa:

a) *En interés ajeno* a causa de una relación de dependencia. Así, el sirviente en interés del patrono;

b) *En interés de otro,* pero al margen de una relación de dependencia, por motivos de hospitalidad o de amistad;[60]

c) *En interés ajeno* para el cumplimiento de una obligación, como en caso del mandatario;

d) *En interés propio* del detentador para ejercitar un derecho personal sobre la cosa ajena, ejemplo, el arrendatario.

Pero la detentación no se descubre, ni es factible, en el sujeto que tiene materialmente una cosa sin saberlo.[61]

C) *Posesión legítima y posesión viciosa*

Recortada esta figura sobre el Código Civil italiano de 1865, el Código venezolano actualmente en vigencia, describe los elementos de la posesión legítima en el artículo 772, de la siguiente forma:

Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 22 de febrero de 1961, el detentador "sólo tiene un simple poder de hecho no acompañado del *ánimo,* o sea, de la conciencia y voluntad de ejercitar el derecho como propio, en oposición y en detrimento del titular. En la detentación, el poder de hecho del detentador nace, la mayor parte de las veces, de un título en virtud del cual subordina el propio poder al mayor poder de otro. En tal sentido, el del detentador se debe calificar como ánimo que implica el reconocimiento de un poder superior de otros" (JTR., IX, 1961, p. 516).

60. Un análisis minucioso de la detentación por razón de servicio o de hospitalidad, puede consultarse en Sacco, Rodolfo: *Il possesso,* pp. 55 y ss. Es necesario destacar que el recto significado de la expresión asume contornos relevantes en Italia, dados los términos del artículo 1.168, ap. 2, del Código Civil de 1942.
61. Trabucchi, Alberto: *Istituzioni...,* p. 424. La escisión entre posesión y detentación se diluye en el ámbito de la teoría objetiva ya que, reconocida la necesidad de un residuo intencional en la posesión, desaparece la necesidad de un *animus* calificado: intención de tener la cosa para sí. *V.,* también artículo 1.253 del Código Civil portugués de 1966.

"La posesión es legítima cuando es continua, no interrumpida, *pacífica*, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya *propia*".[62]

La configuración de la legitimidad de los actos posesorios practicada sobre la agrupación de estos caracteres, fue abandonada en el proceso de reforma del Código Civil italiano de 1942, el cual adoptó fórmulas más precisas y mejor elaboradas desde el punto de vista técnico.

Acogiendo el método clásico de estudio de esta especie de la posesión, analizaremos cada uno de los caracteres particularizadamente:

a) *Continuidad*

En apariencia, la continuidad es sinónimo de no interrupción.[63] La sinonimia, no obstante, se desvanece en el propio texto positivo, al colocar en el dispositivo técnico, separadamente, los dos vocablos. Es continua la posesión cuando ha sido ejercida siempre por el poseedor durante el tiempo de que se trata. La discontinuidad –en la orilla opuesta– depende de la persona misma del poseedor, cuando es él quien decide suspender o abandonar el ejercicio de los actos posesorios que implican el normal ejercicio de la posesión.[64] Se rompe, entonces, la *unidad* de la posesión. En la posesión continua no se observan largas intermitencias –por parte del poseedor– en el despliegue de los actos posesorios. Pero esto último no debe conducir a una identificación entre continuidad y *perennidad* o *permanencia*.

En sentido relativo, la continuidad se expresa cada vez que, siendo necesario y oportuno, por razones de utilidad y conveniencia práctica, pueda el poseedor ejercitar la actuación correspondiente al derecho poseído. Entre uno y otro acto de goce, la posesión *subsiste solo animus*, ya que la cosa poseída sigue estando a disposición del sujeto aunque los actos materiales, positivos, no se cumplan.[65] En muchos casos el uso normal de una cosa impone estos paréntesis, como por ejemplo: la tala de los árboles de un bosque se practica a largos intervalos; el hecho de que entre los diversos momentos en que se verifican los cortes el poseedor observe una actitud pasiva no es señal de una cesación de continuidad; la posesión de la servidumbre de acueducto no pierde el carácter de continua si el servicio de agua se obtiene sólo para regar el fundo cada dos días.[66]

62. *Véase*, aun cuando poco rigurosa en la conceptuación, la sentencia del Juzgado Superior del Estado Lara, de 13 de mayo de 1946, en Lazo, Oscar: *Código Civil de la República de Venezuela*, Ediciones Legis, 1962, p. 468, N.° 3.

63. El profesor Alberto Montel, en una manifestación de encomiable honestidad, reconoce (*Novissimo Digesto Italiano*: voz "Possesso. Diritto Civile", p. 363) su deber de variar el criterio ya sostenido en su obra *Il possesso*, Turín, 1956. La experiencia y un detenido examen del problema lo llevaron a pensar que los vocablos "continuidad" y "no interrupción" son pleonásticos. Antes había sostenido que la *continuidad* se halla referida al mismo poseedor "que debe haber ejercitado la posesión de modo normal, sin intermitencias y con exclusión de otros" y la *no interrupción* alude a la posesión en la que no se descubre "solución de continuidad por obra de terceros".

64. Pérez, Néstor Luis: "La posesión", en *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, año IX, N.° 92, 1943, p. 3.350.

En síntesis, la continuidad no requiere que el poseedor ejerza incesantemente actos de goce sobre la cosa, o que éstos sean de una misma clase: la esencia de la posesión no varía aun cuando los actos de ejercicio asuman un matiz diverso, siempre que ello no apareje un cambio en el concepto posesorio. De este modo, la posesión no experimenta discontinuidad por el hecho de que en el terreno, que antes cultivaba el poseedor, se edifique una casa en la que vive él o las personas bajo su dependencia.

Pero si el poseedor abdica expresa o tácitamente a la actuación posesoria, la discontinuidad actúa visiblemente, aun cuando luego reemprenda el ejercicio de la posesión. Entre la posesión anterior y la actual existirá un vacío que le impide invocar la primera.

Siendo tan variadas las cosas poseídas y las circunstancias que acompañan a la posesión, resulta imposible establecer una regla rígida apta para calibrar la continuidad de la posesión. Tal decisión cae bajo la soberana apreciación del juez del mérito en cada hipótesis concreta.

65. Ramiro Antonio Parra estima inadmisible la persistencia de la posesión *solo animo*, pero sobre el argumento de que el poseedor no puede ejercitar las acciones posesorias cuando no cumpla actos de dueño. Tal interpretación extrema es relativamente acertada. Mas la posesión *solo animo*, a que se alude en el texto, apunta a los intervalos en los cuales los hechos, que ponen de manifiesto la posesión, no se materializan en razón del empleo normal dado a la cosa, como el mismo doctor Parra lo reconoce en su obra (*Acciones posesorias*, pp. 38 y 39).

66. Lomonaco, Giovanni: *Instituzioni di Diritto Civile italiano*, III, p. 525. D'Avanzo, Walter: *Il possesso*, p. 33. Parra, Ramiro Antonio: *Acciones posesorias*, p. 37.

b) *No interrupción*

La posesión se interrumpe cuando el poseedor deje de ejercitar los actos posesorios por un hecho o evento independiente de él,[67] en particular por la actuación de un tercero que subentra en la posesión, desplazando al primero.[68] Las inundaciones, los cambios de cauce de un río y otros fenómenos naturales son susceptibles de conducir a la interrupción de la posesión, y no a la discontinuidad.[69]

No son extensibles a la interrupción de la posesión las normas que el Código Civil ha ordenado en materia de interrupción de la prescripción. La prescripción adquisitiva es uno de los efectos –no el único– de la posesión legítima. La posesión se interrumpe cuando se haya perdido definitivamente, lo que no sucede cuando la usucapión que ha comenzado a correr es interrumpida por un medio cualquiera que no involucre la cesación de la posesión.[70]

"Sería absurdo suponer que por el solo hecho de una demanda judicial, la posesión, sin más, se perdiere y el poseedor quede privado de la protección posesoria [...] la demanda judicial constituye una molestia, no un despojo".[71]

Pero ni los actos violentos ni los clandestinos cumplidos por un tercero originan interrupción de la posesión, a menos que el poseedor acepte el menoscabo inferido a la actuación que venía cumpliendo, ya que ni a través de la violencia ni por el conducto de la clandestinidad es posible crear una posesión rival (arg. CC., art. 777). La cesación material de los actos posesorios en virtud del despojo de que sea víctima el poseedor no interfiere el ejercicio de las acciones de protección organizadas por el derecho positivo y dirigidas a recuperar la posesión.

67. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, pp. 77 y 78. Parra, Ramiro Antonio: *Acciones posesorias*, p. 43.
68. D'Avanzo, Walter: *Il possesso*, p. 35.
69. Parra, Ramiro Antonio: *Acciones posesorias*, p. 43.
70. Montel Alberto: *La disciplina del possesso*, p. 78. Ramiro Antonio Parra aplica, por analogía, las reglas referentes a la interrupción natural y civil de la prescripción, para afirmar que la interrupción natural se verifica cuando el poseedor, por causas que escapan a su voluntad, es privado del goce de la cosa, en tanto que la interrupción civil opera cuandó, propuesta la acción petitoria o posesoria, el promovente obtiene sentencia favorable. Si el actor sucumbe, la interrupción no tiene lugar (*Acciones posesorias*, p. 45 y ss.)
71. Pugliese; Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 361.

La reintegración al ejercicio de la posesión, invalida cualquier efecto conexo a la interrupción.[72] Por ello, las molestias o perturbaciones rechazadas oportunamente descartan la verificación de la resultante desfavorable a que se ha hecho referencia. Para que la posesión se estime interrumpida, es necesario que el nuevo poseedor haya ejercitado actos idóneos por un período tal, que excluya la recuperación judicial de la actuación posesoria.[73]

Para que la posesión "legítima" ultraanual se interrumpa por intervención de un tercero, es necesario que el sujeto que subentra en el ejercicio de los actos posesorios para crear una situación rival permanezca, también, ininterrumpidamente, en posesión de la cosa por más de un año. De esta forma se neutraliza la posesión precedente, puesto que el primero disponía del lapso de caducidad de un año, para promover el interdicto dirigido a liquidar la anomalía, y la posesión no se entiende perdida sino cuando se extingue la acción tendente a recuperarla.

c) *Pacificidad*

La pacificidad implica el mantenimiento de la posesión sin violencia, contradicción u oposición de otro sujeto. Vista desde otra faceta, la posesión es pacífica cuando, contra la actuación correspondiente, no se han verificado actos *tendentes* a excluirla y a afirmar el derecho contrario, los que, "con su frecuente repetición, han provocado condiciones respecto de las cuales el estado de hecho en que consiste la posesión se ha mantenido, no tranquilamente, sino a través de contrastes continuos contra personas que discuten la correspondencia del estado de hecho al estado de derecho".[74]

Si la posesión no es más que una larga cadena de usurpaciones, vías de hecho y disputas, faltaría el sustentáculo fundamental de la pacificidad.[75] Una molestia sin consecuencia, subsanada a tiempo, no basta-

72. *Il Digesto italiano*, vol. XVIII-11, p. 1.424.
73. *Cfr. Il Digesto italiano*, cit., p. 1.424; Parra, Ramiro Antonio: *Op. cit.*, pp. 45 y 46. Parra agrega: el despojo "que se requiere para declarar interrumpida la posesión debe *ser anual*, porque la ley concede un año, contado desde la perturbación *(sic)*, para querellarse" (*Op. cit.*, p. 47).
74. *Il Digesto italiano*, vol. XVIII-11, p. 1.427. Al recalcar que los actos tienden a excluir la posesión, se quiere afirmar que no se ha consumado un despojo, ya que este evento conducirfa a la interrupción y no a la ausencia de pacificidad (Parra, Ramiro Antonio: *Acciones posesorias*, p. 51).
75. Lomonaco, Giovanni: *Istituzioni...*, p. 528.

ría para marginar el carácter pacífico de la posesión, la cual debe comenzar y proyectarse en el futuro, sin mediación de la fuerza o de la violencia.[76]

La doctrina edificada en torno a la norma correspondiente del CC. italiano de 1865 (art. 686), había ya destacado la ostensible confusión, provocada por las explicaciones ofrecidas sobre la nota de la pacificidad en la posesión. Los argumentos asumen relieve en la obra de Pugliese:[77]

> a') Si las molestias posesorias son graves y el poseedor se mantiene impasible, la repetición de los actos contradictorios a su posesión terminarán por integrar una *posesión rival* que surge, se consolida y elimina la del precedente poseedor, desapareciendo así, no uno de los elementos, sino la posesión completa.
>
> b') Si el poseedor reprime esas molestias a medida que se producen, por propia mano, o si recurre a la vía judicial, ejercitando las acciones de defensa normativamente predispuestas, contra el perturbador, antes de que se conviertan en un hecho cumplido y generen un estado de cosas contrario al preexistente, y obtiene la tutela de la situación vigente al momento de la producción de la turbación, la posesión no pierde su calidad de pacífica. Por ello, para Pugliese, el calificativo, en definitiva, viene a ser letra muerta, incapaz de aplicación en la práctica.

De todos modos, no es aceptablela doctrina según la cual los artículos 772 y 777, CC., expresan una regla idéntica. Conforme al artículo 777, no pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima los actos violentos ni los clandestinos. La expresión ha sido interpretada como un obstáculo a la pacificidad como elemento de la posesión legítima. Pero los artículos citados tienen ámbitos de validez completamente distintos: el artículo 772 alude al curso de la posesión y presupone una actuación posesoria *ya establecida*, una de cuyas condiciones de subsistencia es la pacificidad. Mientras que el artículo 777 se contrae a la posesión legítima no iniciada y considera la violencia como obstáculo para su adquisición.[78]

d) *Publicidad*

La publicidad en el ejercicio de los actos posesorios revela a la colectividad que el poseedor se ha comportado como titular del derecho correspondiente, acaso sin serlo. Mas la publicidad no puede ser la ausencia del vicio de clandestinidad que entraba al inicio de la posesión legítima (CC., art. 777). La publicidad es un elemento *objetivo*, valorado con relación a la cosa poseída.

El comportamiento del poseedor ha de ajustarse a manifestaciones que no impidan a otros, y en especial a quien resulte privado de la posesión, tomar conocimiento de la actuación posesoria. Para la configuración de la posesión legítima no sólo se reclama la ausencia de clandestinidad al inicio, sino la conservación, públicamente evidenciada, de los actos reveladores de la voluntad de poseer. La clandestinidad inicial puede cesar y dar entrada a la exteriorización de la manifestación posesoria, condición eminentemente *objetiva*.

e) *No equivocidad*

Equívoco es todo aquello que puede interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos. Cuando se dice que la posesión debe ser inequívoca, se quiere significar que no debe haber dudas sobre la intención de ejercerla en nombre propio y no en concepto distinto del de titular del derecho poseíble.

La equivocidad es *incertidumbre* sobre el externo y reconocible desenvolvimiento de la posesión, porque los actos posesorios revelan con inexactitud cuál es el derecho que se entiende ejercitar, o porque en el transcurso de su ejercicio se entremezclan actos de posesión diversa, o bien, porque el *animus* carece de la firmeza necesaria para excluir todo matiz de precariedad o de tolerancia.[79]

---

76. Rava, Adolfo: *Istituzioni...*, p. 328. La posesión pacífica –observa Parra (*Op. cit.*, p. 51)– es "la tenencia de una cosa o el goce de un derecho sin oposición o contradicción durante un año, si la posesión es *ad interdicta* , o durante treinta años (20 en el CC. vigente), si se quiere adquirir por prescripción". Una simple molestia, subsanada oportunamente, no sustrae este carácter.
77. Pugliesse, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, pp. 364 y ss.
78. Rava, Adolfo: *Istituzioni...*, p. 328.
79. Lomonaco, Giovanni: *Op. cit.*, p. 530. Pugliese, Giuseppe: *Op. cit.*, p. 373. Conviene citar el caso típico resuelto por sentencia de la Casación venezolana, de 22 de julio de 1949: La posesión es inequívoca cuando no es promiscua, es decir, cuando no está compartida con otro. Es equívoca la posesión de un comunero coposeedor frente a otro comunero también coposeedor (*Gaceta Forense*, 1ª etapa, tomo II, pp. 388 y ss.). El fallo pone en juego la equivocidad dentro de la calificada institución de la coposesión (*infra*, Capítulo VII, N.º 45, F.)

f) *Con intención de tener la cosa como propia ("animus domini" o "animus rem sibi habendi")*

En la doctrina clásica, este elemento alude al requisito subjetivo necesario para la conformación del concepto (Savigny). Básicamente, consiste en la intención de ejercer, de hecho, el contenido del derecho de propiedad o de otro derecho real poseíble, sin que la actuación del poseedor implique el reconocimiento de otro derecho (o posesión) de grado superior, que rivalice con la propia actuación.

En otros términos, el *animus domini* es la intención de comportarse como "verdadero titular del derecho correspondiente a la situación de hecho". Tal derecho normalmente es la propiedad, pero también puede serlo el usufructo, el uso, la servidumbre,[80] "pero siempre y cuando se entienda actuar como titular de tal derecho y, por consiguiente, en nombre propio y no de otro".[81]

Por oposición al orden anterior de ideas, surge la *posesión viciosa*, esto es, la que se halla afectada de algún vicio por carencia de alguno de los elementos tipificados en el artículo 772 del Código Civil. La posesión oculta, clandestina o equívoca, por ejemplo, es viciosa.[82]

Pero al margen –y por contraste– de estos elementos, la doctrina ha organizado, con apoyo en el ordenamiento jurídico, un elenco de las condiciones negativas para la génesis de la posesión legítima. De acuerdo con este punto de vista, es legítima la posesión que, encuadrando en los módulos estudiados, surge inmune a las siguientes trabas:

a') *Actos meramente facultativos*

Es de observar, a modo de preámbulo, que tanto los actos meramente facultativos como los actos de simple tolerancia, y los violentos y clandestinos, constituyen obstáculos a la adquisición de la posesión en general. A pesar de esta advertencia, quedan ubicados en este sector, debido a que el Código Civil venezolano actual –al par que el Código Civil italiano de 1865– los refieren directamente a la adquisición de la posesión *legítima*.

80. En este caso, "animus iure in re utendi". La doctrina señalada por Dassen y Vera Villalobos (*Op. cit.*, p. 97) no es trasplantable al derecho venezolano.

81. Rava, Adolfo: *Op. cit.*, pp. 328 y 329. En el mismo sentido: Aguilar Mawdsley, Andrés: *De la possession...*, p. 33. Certad, Leonardo: *Op. cit.*, p. 18, y Callegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato*, p. 373.

82. *Cfr.* García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 29.

Los actos facultativos no sirven de fundamento a la adquisición de la *posesión legítima* (Código Civil, art. 776). Apartando el criterio de la doctrina que hace reposar los actos facultativos en los variados poderes comprendidos en el dominio, y que autorizan al titular para hacer uso de ellos u omitirlos, tales actos han de tener otro sentido. Los actos facultativos conciernen al sujeto que no tiene la posesión *autónoma* y tiende a procurársela,[83] y no al titular del derecho simultáneamente revestido del ius *possidendi*. De otra manera resultaría un requisito absurdo e inútil.

Con arreglo a una doctrina generalizada durante la vigencia del Código Civil italiano de 1865, los actos facultativos son los cumplidos por el adversario de la posesión, con base en una autorización expresa conferida por el poseedor,[84] por mera concesión de éste.

El Código Civil italiano de 1942 suprimió la referencia a los actos facultativos, porque si su contenido se identifica con la facultad de penetrar en el derecho real del cual es titular una persona, es evidente que nadie podría fundar una posesión en la abstención en el ejercicio de tal poder acordado al titular. Ejemplo: si el propietario "A" de un fundo no edifica, el vecino "B" no puede pretender, por el transcurso del tiempo, adquirir ni la posesión ni el derecho a que "A" no edifique; y si por otra parte, los actos meramente facultativos coinciden con los que se cumplen por mera concesión del poseedor, la distinción con los actos de tolerancia queda reducida al mínimo.[85]

b') *Actos de mera tolerancia*

Difieren de los anteriores en que, siendo actos de uso y goce de la cosa ajena, quien los cumple tiene la convicción plena de actuar con permiso de quien podría impedirlos, y no pretende la adquisición de un señorío sobre la cosa. Su ejercicio puede cesar en cualquier momento por la simple voluntad del titular.[86]

La esencia de los actos de mera tolerancia radica en la falta de oposición, por el titular o el poseedor, a que otros desplieguen una actuación contraria o incompatible con la plenitud de ejercicio del derecho

83. Pugliese, Giusseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 334.

84. Pugliese, Giusseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 335.

85. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, p. 63.

86. Pugliese, Giusseppe: *La prescrizione acquisitiva*, pp. 337 y ss.

o de la posesión, y cuya efectividad puede esfumarse por la voluntad opuesta del referido titular o poseedor.

Sin embargo, cuando el concesionario traspasa los límites del poder que le está conferido y ejercita otros actos diversos, puede afirmar su independiente señorío sobre la cosa ajena y dar lugar a una posesión, no contra su título, sino más allá del mismo.[87]

c') *Actos violentos y clandestinos*

Constituyen géneros de actos arbitrarios y abusivos. La violencia envuelve todos los conflictos actuales entre la voluntad y el proceder de quien intenta aprehender la posesión, y el querer de quien tiene interés en oponerse a ello.

La violencia asume, de ordinario, el aspecto de violencia física efectiva, traducida en el despliegue de la fuerza dirigida a superar la resistencia del poseedor; o de violencia efectiva moral, cifrada en las amenazas para constreñir al poseedor a abandonar la cosa; o en la abstención de una defensa eficaz, por parte de este último, ante el temor de inminentes o graves daños que él u otros puedan experimentar.[88]

Para que la violencia constituya vicio inicial de la posesión debe ser imputable al poseedor *actual*. Tal imputabilidad se realiza, tanto en los supuestos de que hubiere cometido directamente los actos que encuadran en el calificativo, como en las hipótesis de que fueren ejecutados por su mandato o los hubiere ratificado o aprobado después de su ejecución.[89] La violencia no varía de aspecto, ya sea ejercitada contra el poseedor en nombre propio, ya lo sea contra quien ejerce la posesión en nombre de otro.

La *clandestinidad* expresa la actuación oculta en el ejercicio de los actos posesorios, con la intención de sorprender o de aprovecharse de la omisa vigilancia del poseedor adversario. Resulta de la confluencia de un elemento material y de otro intencional. El primero es el complejo de subterfugios o de maniobras encaminadas a encubrir el proceder del sujeto. El elemento intencional consiste en la preordenada intención de ocultar la conducta con la cual se intenta rivalizar en la posesión. En tal sentido, a los fines de la clandestinidad del acto, basta que el mismo sea desconocido por quien debió conocerlo –esto es, el poseedor–, aunque tal proceder sea advertido por otros sujetos.[90]

87. *Ibíd.*, p. 339.
88. *Ibíd.*, p. 342.
89. Expresamente: Código Civil argentino, artículo 2.336.

Si bien mientras persistan, la violencia y la clandestinidad carecen de la virtualidad para fundar la adquisición de la posesión legítima, ésta puede comenzar una vez que hayan cesado (*Cfr.* art. 777 del Código Civil); de tal modo, sin menoscabo de las defensas puestas a disposición del poseedor inicial, se encuentra este último en condiciones de destruir la posesión de igual rango que quiera enfrentársele (*v.*, para las proyecciones prácticas, *infra*, Capítulo VII, Nos. 45 y 46).

d') *Actos precarios*

El reconocimiento de una posesión de superior grado, destruye la imagen y la eficacia de la posesión legítima. El ejercicio del poder de hecho sobre la cosa con apoyo en un título perfectamente regular que autoriza la detentación, pero que al propio tiempo impone la obligación de detentar en nombre del verdadero poseedor, en efecto, crea un estado de cosas penetrado por un serio desnivel respecto de la intención de ejercer los actos posesorios en nombre propio.

Cualquier acto jurídico bilateral o unilateral, entre vivos o *mortis causa*, gratuito u oneroso, es útil como causa de la detentación. Pero el título, así entendido, impone al detentador el reconocimiento de una posesión de grado superior, lo cual constituye la esencia de la relación jurídica que imprime a los actos la nota de precariedad.[91]

La doctrina admite el inicio de la posesión legítima, sólo si se ha producido la inversión (interversión) del título, circunstancia que debe ser probada por el detentador primitivo o por sus causahabientes.

El Código Civil italiano de 1942 –y la tendencia ha sido seguida por los Códigos modernos– abolió la categoría de la posesión legítima. Su inclusión en el Código italiano de 1865 proviene de la influencia directa ejercida por el Código Civil francés de 1804. Pero la posesión, revestida de los caracteres estudiados, funcionaba en este texto como uno de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho a través de la usucapión. Desde este punto de vista, es admisible que la posesión ha de ser continua y no interrumpida, mas ello no quiere decir que la no interrupción y la continuidad deban constituir factores

90. *Cfr.* Montel, Alberto: *Il possesso*, edición de 1962, p. 159.
91. Pugliese, Giusseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 347.

de una determinada especie de posesión, y mucho menos, que sean notas esenciales para la protección posesoria. Cuando el poseedor abandona el ejercicio de los actos posesorios por propia voluntad, o por interferencia de otro que subentra en ellos, es la posesión inicial la que se esfuma por completo. El requisito de la no equivocidad es superfluo si se hace una formulación técnica y correcta con relación al título conforme al cual se posee. En cuanto a la violencia y a la clandestinidad, es obvio que se trata de vicios de la posesión.

A pesar de la supresión de esta categoría, la tarea de reforma no condujo a la eliminación de algunos de los requisitos tradicionales, en lo que respecta a la producción de los efectos que el Código de 1865 vinculaba a la posesión legítima. Tanto para la usucapión como para la acción de mantenimiento (amparo), se exige en el Código Civil italiano de 1942 una posesión continua (arts. 1.158, 1.159, 1.161, 1.170), no interrumpida (arts. 1.167, 1.170), no violenta (pacífica), no clandestina (pública) (art. 1.170).[92]

D) *Posesión de buena fe y posesión de mala fe*

El artículo 788 del Código Civil venezolano (CC. italiano de 1865, art. 701), delimita el concepto de posesión de buena fe sobre el plano ocupado por el titular de este *status* posesorio:

> "Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor".

La posesión de buena fe resulta así integrada por dos elementos:

a) *Objetivo*: el título;

b) *Subjetivo*: la ignorancia de los vicios que puedan afectar el título, esto es, una errónea representación de la realidad, estado psicológico que, en último grado –y como lo expresa más técnicamente el CC. italiano actual (art. 1.147)–, se resuelve en la ignorancia de lesionar el derecho ajeno.[93]

Pero la posesión de buena fe reclama algo más: la creencia de que la cosa, o el derecho que ejercitamos, nos pertenece, precisamente por la función que desempeña el título: la transferencia del derecho poseído.

92. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, p. 72.
93. Montel Alberto: *Il possesso di buona fede*, p. 115.

a) El *título* es el acto jurídico *(iusta causa possessionis)* que justifica la adquisición de la propiedad o del derecho real poseído.[94] No es, por consiguiente, el *documento* (acepción formal del vocablo) en que se incorpora la causa constitutiva del derecho.[95] El título es justo, efectivamente, porque representa el dispositivo *abstractamente idóneo* para transferir la propiedad o el derecho real poseíble, pero que –concretamente– no lo es por adolecer de vicios que impiden la generación de tales consecuencias en especial, la ausencia de titularidad del disponente.

El título es un acto *traslativo* a título singular, oneroso o gratuito, como la venta, la donación, la permuta y la dación en pago. Se descartan como "justa causa" de adquisición los *títulos declarativos* de derecho, la sucesión a título universal y los *títulos originarios*[96] (accesión, ocupación). La división, la sentencia y la transacción pueden funcionar, en ocasiones, como títulos declarativos y constitutivos. Por este conducto, la transacción actuaría como *iusta causa*, cuando la controversia es eliminada con la transferencia a una de las partes de un derecho extraño a la cosa objeto de litigio, y la división (partición de bienes), cuando para igualar el valor de los lotes adjudicados a alguno de los intervinientes, se le atribuye un derecho que no se halla en la masa partible.

El título debe existir de hecho y jurídicamente, aunque esté viciado. Tal no sería el caso del *negocio simulado* en forma *absoluta*; si se trata de simulación *relativa*, la indagación debe concretarse al contenido del *negocio simulado* (*infra*, Capítulo XII, N.° 80).

Por lo que se refiere al *título condicional*, se suele distinguir según que la condición sea *suspensiva o resolutoria*, para negar el carácter de justo título en la primera hipótesis y admitirlo en la segunda.[97] La condición resolutoria no impide la traslación del derecho, aun cuando su persistencia dependa de un acontecimiento futuro e incierto.

94. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 73.
95. D'Avanzo, Walter: *Il possesso*, p. 61: el título es el hecho o la relación jurídica que justifica la adquisición de la propiedad o del derecho real poseído, tanto frente al causante como frente a los terceros. *V.* también: Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 212.
96. Montel, Alberto: *Il possesso di buona fede*, p. 57.
97. *V., infra*, Capítulo XII, N.° 80.

El *título revocable* (donación revocable por superveniencia de hijos o *propter ingratitudinem*, etc.) se estima título idóneo para fundar la buena fe, pero deja de serlo retroactivamente al materializarse la causal de revocación.

Las nulidades *absolutas o relativas* que incidan sobre el acto traslativo o constitutivo del derecho real poseíble, han recibido un tratamiento dispar en la doctrina clásica. La tendencia aceptable –pero no exenta de críticas– parece radicar en la doble distinción del vicio susceptible de obstruir la transmisión o la constitución del derecho: el título afectado de *nulidad relativa* se considera idóneo en la medida en que resulta apto para precipitar los efectos mencionados, a pesar de la acción de nulidad que lo puede aniquilar; el acto afectado de *nulidad absoluta*, por el contrario, no genera efecto alguno y, por consiguiente, no es susceptible de provocar ni la transmisión del dominio ni la constitución del derecho real correspondiente a la actuación posesoria (*infra*, y en un todo ajustado a la adquisición por usucapión, Capítulo XII, N.° 80).

b) *El elemento subjetivo*

La buena fe es la creencia de haber adquirido la propiedad o el derecho real del verdadero titular,[98] o de quien jurídicamente podía disponer del mismo. A este aspecto positivo se suma uno negativo: la ignorancia de los vicios que puedan afectar el título de adquisición. Tal estado de ignorancia del poseedor basta que exista en el momento inicial de la posesión. La buena fe no se aniquila por el ulterior conocimiento que pueda haber tenido de los vicios del título *(mala fides superveniens non nocet)* (CC., art. 789, *in fine*). Si el poseedor, por el contrario, conoce los vicios del título al momento de adquirir la posesión, no puede estimarse nunca de buena fe.

Frecuentemente se ha sostenido, en los dominios de la corriente tradicional, que el vicio fundamental y determinante de la causa de adquisición consiste en la falta de titularidad en el sujeto que transfiere el derecho de propiedad o constituye el derecho real correspondiente, en otras palabras, la cualidad de *non dominus* del causante. Con ello, lateralmente se expresa que el título viciado *a domino*, no es aceptable como fundamento para la adquisición de la posesión de buena fe.

98. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 210.

Si el título proviene *a domino*, el poseedor habría adquirido el derecho aunque el vicio puede provocar ulteriormente la privación de los efectos jurídicos normalmente conectados al negocio. La adquisición *a non domino* y la adquisición viciada *a domino* son nociones diferentes: en la primera, el vicio se refiere al título del enajenante (falta de titularidad); en la segunda, al título del adquirente. En este último supuesto, la adquisición se verifica aun cuando su eficacia dependa del ejercicio de una acción de nulidad. De modo tal que, si se admite el primer criterio, uno solo sería el vicio del título en todos los casos: la falta de pertenencia del derecho al enajenante.[99] En el otro orden de cosas, el poseedor habría adquirido el derecho, si bien su adquisición es anulable; el enajenante no dispone más que de una acción personal y sus relaciones con el adquirente se rigen por el derecho de obligaciones.[100]

En síntesis, la estructuración de la posesión de buena fe reclama la conjugación de los siguientes elementos:

a) Que la posesión, del dominio o del derecho real poseíble sea en nombre propio;

99. *Cfr*. Montel, Alberto: "Acquisto in forza di titolo viziato a domino e possesso di buona fede", en *La disciplina del possesso*, p. 324.

100. A pesar de la terminología empleada por el legislador venezolano en el artículo 788 del Código Civil, y no obstante que el vocablo "vicio" –a diferencia del artículo 701 del Código italiano de 1865– aparece en singular, no existe ningún índice cierto que autorice a referir la expresión a la sola falta de titularidad del enajenante o del constituyente del derecho poseíble. Conforme a este argumento, la buena fe no sucumbe ante la circunstancia de que se haya adquirido del *verus dominus* por un título afectado de vicios, con tal de que éstos sean ignorados por el poseedor. En contra: Cherchi, Amsicora: "L'usucucapione decenale nell'acquisto a domino", en *Riv. Dir. Civ.*, 1935, pp. 175 y ss. Este autor juzgó, no obstante, el comentario del profesor Montel, citado en la nota precedente, sobre la línea de la adquisición por usucapión, principalmente, y apoyado en la unidad hermética del concepto de buena fe dentro del Código Civil italiano (de 1865), tanto en la definición recogida en el artículo 701 como en los presupuestos de la usucapión decenal (art. 2.137 del Código Civil italiano de 1865; art. 1.979 del Código Civil venezolano). La ignorancia, en realidad, debe versar sobre *todos* los vicios susceptibles de afectar el título, no únicamente sobre la cualidad del sujeto que transmite el derecho poseído. A favor: Longo, Mario: "Acquisto a domino e possesso di buona fede", en *Monitore dei Tribunali*, 1936, N.° 2, p. 33; y Sentencia de la Casación italiana, Sez. I, de 21 de mayo de 1955, comentada por Alberto Montel ("Acquisto a domino e possesso di buona fede", en *Nuovi scritti giuridici*, pp. 73 y ss.), pero apoyada sobre la precisa definición contenida en el artículo 1.147 del Código Civil italiano de 1942.

b) Que la posesión se funde en un título abstractamente idóneo para transferir el dominio o constituir el derecho real, pero inidóneo concretamente por los vicios que lo afectan;

c) Que tales vicios sean ignorados por el poseedor en el momento de la adquisición. La legitimidad de la posesión no está agregada como nota suplementaria, puesto que la posesión legítima y la posesión de buena fe son figuras distintas.[101]

El paralelismo entre posesión legítima y posesión de buena fe es evidente en el estado actual del derecho positivo venezolano:

a) Sumada las características contenidas en el artículo 772 CC., la ley sólo exige la intención de comportarse como titular del derecho real posible aun a sabiendas de que se está en posesión de una cosa que pertenece a otro. En la posesión de buena fe no basta la intención; se requiere la convicción seria de que en realidad la posesión versa sobre una cosa que ha sido transferida realmente por conducto de una causa idónea para la producción del derecho real (*iusta causa possessionis*, justo título).

b) En el terreno conflictual, al poseedor de buena fe no le es suficiente oponer a los terceros rivales la máxima *possideo quia possideo*, completada con los elementos de la posesión legítima. Para desvirtuar sus pretensiones, deberá oponer el título de donde procede su cualidad. La existencia de este título no está amparada por presunción alguna. Por otra parte, si la iusta causa de adquisición del derecho poseído adolece de vicio, los mismos deben ser ignorados por el beneficiario de la posesión.

c) La posesión legítima constituye el fundamento para la protección a través del *interdicto de amparo*, y para la adquisición del correspondiente derecho por *usucapión veintenal* (CC., arts. 782 y 1.977, conc. art. 1.953). La posesión de buena fe confiere al poseedor el derecho de percibir los frutos (naturales o civiles) que la cosa produzca y el derecho de retención por causa de las *mejoras* (CC., arts. 790 y 793, e *infra*, N.º 39, A). Forma asimismo, el sustentáculo de la *prescripción decenal*, siempre que concurran en el título las condiciones especiales exigidas por la ley: no basta que el título sea susceptible de provocar la transmisión del dominio, o del derecho

101. Montel, Alberto: *Il possesso di buona fede*, p. 39.

real usucapible, y que, si tiene vicios, éstos sean ignorados por el poseedor. El artículo 1.979, CC., prescribe que el título también haya sido registrado y que no sea nulo por defecto de forma. "Si estos requisitos no concurren en el título, el poseedor, aunque sea de buena fe, gozará sólo de los beneficios que le otorgan los artículos 790 y 793, pero no del derecho a la *prescripción decenal* que consagra el artículo 1.979".[102]

La ignorancia respecto de los vicios que pudieren afectar al título, procede de un error de hecho o de derecho,[103] pese a que, sobre la materia, los debates han parcializado de modo considerable a la doctrina hacia la admisión, únicamente, de la primera especie de error.

La existencia de la buena fe en la posesión se halla cubierta por una presunción *(iuris tantum)*, que coloca sobre el adversario la demostración de la posesión de signo contrario (CC., art. 789, primera parte). Como corolario, no es necesaria la declaración de la buena fe; la mala fe, por oposición, debe ser pronunciada en el fallo para que sea posible la restitución de todos los frutos.

36. LA POSESIÓN POR MEDIO DE OTRO Y LOS CONCEPTOS DE MEDIADOR POSESORIO Y DE SERVIDOR DE LA POSESIÓN

El artículo 771, CC. venezolano (art. 431, CC. español, aunque con variantes), permite concebir la posesión *a través de otra persona*. La actuación posesoria realizada con la mediación de otro sujeto, no constituye, sin embargo, el ejercicio de una representación en sentido estricto.[104]

Sobre la base normativa del artículo 771, CC., una persona posee en nombre propio cuando tiene la posesión *animus rem sibi habendi*, sin reconocer una posesión de superior grado. Los otros poseedores lo son *nomine alieno* y carecen de la intención de poseer para sí.

102. Pérez, Néstor Luis: "La posesión", en *Rev. cit.*, p. 3.353.
103. Pérez, Néstor Luis: *Loc. cit.*, pp. 3.352 a 3.354. En el mismo sentido, Parra, Francisco J.: *Jurisprudencia aplicada y otros trabajos*, Trujillo, 1933, pp. 24 y ss.
104. Martín Pérez, Antonio: *Op. cit.*, p. 56.

La persona que actúa en nombre de otra puede mantener la cosa por actos de *simple tolerancia* (hospitalidad, etc.) o *bajo la dependencia del poseedor* (como el servidor de la posesión), pero puede ser ella misma un poseedor, en cuyo caso los efectos de la actuación posesoria favorecen al tenedor mismo.

Sobre esta base se estructuran los conceptos de *posesión inmediata* y de *posesión mediata*. Según el artículo 771, CC., la posesión podemos ejercerla por nosotros mismos o por medio de otra persona que detenta la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre. Cuando la posesión se ejerce por sí mismo, es *inmediata*, puesto que la actuación posesoria se efectúa directamente, *sin la mediación de otro sujeto*. Cuando la posesión se ejerce por medio de otra persona en nuestro nombre es *mediata* (B.G.B., par. 868), creándose la *mediación posesoria*. Quien ejerce la posesión en nombre del poseedor de superior grado recibe el calificativo de *mediador posesorio o subposeedor*.[105] Ejemplo: el poseedor en concepto de dueño entrega la cosa en arrendamiento. El primero conserva la posesión a través del arrendatario. La posesión del dueño es *mediata*, puesto que no es ejercida ya directamente, sino por medio de otro que posee en su nombre,[106] en virtud de una relación jurídica que provoca una pretensión de entrega.[107] El mediador posesorio es *un poseedor* provisto de un conjunto bastante amplio de medios procesales para la defensa de su actuación posesoria, por lo que puede afirmarse que posee en interés del poseedor mediato y en interés propio, aunque su posesión sea inferior en grado a la del poseedor mediato.[108] Esta situación permite concebir la concurrencia de dos posesiones sobre la misma cosa, en forma tal que cada poseedor aproveche la tutela edificada por el ordenamiento normativo.

105. La mediación posesoria "es la situación posesoria derivada de una relación jurídica, en cuya virtud el detentador de la cosa está temporalmente obligado o facultado frente a otro (por regla general, el dueño), a la detentación de la cosa". Melón Infante, Carlos: *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe*, p. 26. "*La posesión mediata* se crea cuando el poseedor inmediato establece un intermediario en su posesión", ej., la arrienda; "o cuando conservando el contacto material con la cosa la transmite en garantía, con lo que el acreedor adquiere la posesión mediata", ej., pignorándola (Santos Briz, Jaime: *Derecho Civil*, tomo II, p. 38.

106. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 25.

107. De los Mozos, José Luis: *La tutela interdictal*, p. 175.

108. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 25.

La doctrina resume así los caracteres básicos de la mediación posesoria y de la posesión mediata:

a) El requisito básico de toda *posesión mediata* "es una pretensión de entrega, del poseedor mediato frente al mediador posesorio, *para recobrar la posesión inmediata*, en el momento oportuno". Por ejemplo: al terminar el usufructo o el arrendamiento.

b) Supone una relación entre el poseedor mediato y el mediador posesorio, en virtud de la cual "el mediador está facultado u obligado frente al poseedor mediato a poseer temporalmente".[109]

c) La posesión del mediador deriva del derecho del poseedor mediato y se halla en un grado inferior, siendo de contenido más limitado. "La posesión del mediador o poseedor inmediato, ha de ser expresión de un derecho derivado de aquel derecho que expresa la posesión del poseedor mediato (por ejemplo: usufructo o arrendamiento respecto a la propiedad que lo constituye)".[110] Pero la existencia de la mediación posesoria, es independiente de que exista el derecho del poseedor mediato y de la validez del acto constitutivo de la relación.

De la limitación del derecho del mediador posesorio frente al poseedor mediato, se infiere que la mediación posesoria *no puede ser nunca en concepto de dueño*. Pero por debajo de la posesión mediata, en concepto de dueño, puede establecerse un escalonamiento donde aparezcan una o más posesiones mediatas distintas de la posesión en concepto de dueño, que culminaría en un grado final, es decir, en la posesión inmediata.[111] Por ejemplo, el poseedor en concepto de dueño entrega la cosa en usufructo, el usufructuario la da en arrendamiento y el arrendatario la subarrienda. La escala de posesiones (cfr. BGB, par. 871) sería, entonces:

1. Poseedor mediato superior *en concepto de dueño*;
2. Posesión *mediata y mediadora* de la anterior, en concepto de *usufructuario*;
3. Posesión *mediata y mediadora* de la anterior, en concepto de *arrendatario*;

109. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, pp. 25 y 26.

110. Martín Pérez, Antonio: *Op. cit.*, p. 59.

111. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 26.

4. Posesión *inmediata* y *mediadora* en concepto de *subarrendatario*.

Los conceptos de posesión mediata y de posesión inmediata pueden entenderse implícitos en el artículo 771 del Código Civil venezolano.

Manuel Albadalejo.[112] estima que los conceptos revelan claramente la esencia de la posesión como poder jurídico y como poder de hecho. El poseedor mediato conservaría la *posesión como derecho*, en tanto que el mediador posesorio la tendría como hecho.

La figura del servidor de la posesión ("instrumento de la posesión") está recogida en el parágrafo 855 del BGB. Se trata de la persona que ejerce un poder de hecho sobre la cosa, en exclusivo interés de otro (el verdadero y único poseedor), a cuyas instrucciones debe someterse en todo momento. Ejemplos clásicos: el repartidor respecto de la bicicleta donde efectúa el reparto, la secretaria con relación a la máquina de escribir; siendo ambos bienes del patrono. La posesión, en este caso, se ejercita mediante la actuación de otro que carece de autonomía en lo que se refiere a los actos posesorios, no dispone de las acciones de tutela de la posesión y está, en cuanto a los actos, sometido a las instrucciones de aquel cuya posesión sirve.[113] La relación vinculante del servidor de la posesión con el verdadero poseedor, no tiene por objeto mediato o inmediato el ejercicio de la posesión.

El servidor de la posesión, por tanto, *no es un poseedor*. La relación de hecho que mantiene con la cosa, carece de la fuerza suficiente para integrar el *corpus* posesorio, dado el vínculo de autoridad y subordinación que lo sujeta a la persona cuyas órdenes cumple. "La actuación *dependiente* se une, pues, a la actuación, tolerada como supuesto de hecho que no fundamenta posesión".[114] Normativamente la figura del servidor de la posesión no está recogida en el derecho venezolano.[115]

A diferencia del servidor de la posesión, el mediador posesorio es un *verdadero poseedor*, "jurídicamente tutelado" a través de las acciones posesorias cuyo mecanismo se estudia en el próximo tema.

112. Albaladejo García, Manuel: "Concepto, estructura y clases de posesión", en *Rev. cit.*, p. 599.

113. Albaladejo García, Manuel: en *Rev. cit.*, p. 599. *V., infra*, Capítulo VII.

114. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 53.

115. Pero implícitamente tiene cabida en la jurisprudencia venezolana, en el marco de la frase "detentación en interés ajeno".

37. COPOSESIÓN

La coposesión se estructura por la concurrencia de los actos posesorios ejercidos por una pluralidad de sujetos sobre un bien, o un grupo de bienes, o un derecho poseíble. La coposesión se presenta, por ello, como la posibilidad de concurrencia de *varios sujetos* en una *misma posesión*. Es un fenómeno que, en cierto modo, se presenta como reflejo de la cotitularidad de los derechos. Pero a diferencia de la concurrencia de posesiones sobre una cosa en *distintos conceptos* –por ejemplo, la posesión que ejerce el titular en concepto de dueño, conjuntamente con la que ostenta el usufructuario y el arrendatario de un mismo fundo–, la coposesión supone la realización de los actos posesorios, atribuibles a diversos sujetos, en un *mismo plano* y en un *mismo concepto*. Por ello pueden existir diversas clases de coposesión, en estratos diversos, equivalentes a la cotitularidad de los derechos (así, coposesión en concepto de dueño, o en concepto de usufructuario, o en concepto de arrendatario).

En torno al tema, expresa G. Valdecasas: "Sobre un mismo objeto pueden concurrir *posesiones de distinto grado* (ejemplo: en concepto de dueño, de usufructuario, de arrendatario), determinándose el grado de cada posesión por el grado del derecho que ella exterioriza; la posesión de grado más alto es la que se tiene en concepto de dueño". No pueden coexistir sobre un mismo objeto *posesiones del mismo grado* cuando las mismas colidan (posesiones rivales), puesto que tales posesiones, siendo contradictorias, *se excluirían mutuamente*. Pero "sobre un mismo objeto son posibles *dos o más posesiones que se limiten mutuamente*. Este fenómeno se denomina *coposesión* ; en ella el poder de hecho de cada poseedor viene limitado por el poder de hecho de los demás coposeedores".[116]

La coposesión no puede concebirse como la suma de diversas posesiones sobre *cuotas o partes ideales* , ya que éstas no son poseíbles en el sentido de que no constituyen porciones materiales o físicas del

116. García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, p. 33. "Hay coposesión no cuando exista un derecho indiviso, sino cuando varios disfrutan un derecho o una cosa *como* si les perteneciera proindiviso. Si la posesión exclusiva es la imagen o actuación de hecho de un derecho exclusivo (existente o no), la coposesión será la actuación de hecho de un derecho común" (De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal...*, p. 179).

bien. "Por tanto, la posesión recae necesariamente en la cosa y cada sujeto *es un poseedor de la cosa entera*, aunque su actuación sobre ella *se encuentra limitada por la concurrencia de los demás coposeedores*".[117]

Si bien la medida de la posesión de la pluralidad de sujetos, no puede estar determinada en orden a las cuotas que se integran en sus patrimonios con base en la cotitularidad del derecho, fácticamente es posible el establecimiento de una proporción en la *participación* de cada uno en la actuación posesoria ("cuotas de posesión").

La coposesión se protege de los extraños que menoscaban la posesión común; pero si los actos que signifiquen ataque a la situación posesoria son permitidos por una parcialidad de los coposeedores, sólo aquellos que no han consentido en los referidos actos, pueden ejercitar las acciones correspondientes.

Se admite, además, la proposición de acciones interdictales (de amparo o de restitución) por un comunero coposeedor, contra quien, pretendiéndose comunero, y por ese solo hecho, perturbe la posesión o le despoje de ella (*Véase* en el siguiente capítulo la problemática de las acciones interdictales entre comuneros, y la orientación que al respecto suministra la jurisprudencia venezolana).

El copropietario que sea, también, coposeedor, puede extender su derecho, esto es, puede adquirir la totalidad de la cosa común, o una fracción material determinada de la misma, por usucapión, pero no sin haber transformado antes su posesión en *posesión exclusiva* ("interversión del título"), y haber poseído durante el tiempo requerido.[118]

Al ocurrir la división de la cosa común, la coposesión se transforma, retroactivamente, en posesión exclusiva de la parte adjudicada al ex comunero.

En el ordenamiento normativo venezolano se refieren, indirectamente, a la coposesión los artículos 1.068 (goce separado de los bienes hereditarios) y 761 (facultad de servirse de la cosa común, con tal que no se impida a los demás copartícipes igual uso según sus derechos), entre otros.

117. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 80, y en el mismo sentido, De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal...*, p. 180.

118. *Infra*, Capítulo XV, N.° 111, y nuestro trabajo: *Dos estudios sobre el Derecho venezolano*, Caracas, 1962, pp. 38 a 40.

38. PRESUNCIONES POSESORIAS

Los elementos concurrentes para la formulación del carácter legítimo de la posesión, no se presumen. Visto desde otro vértice, la presunción que ampara la buena fe (art. 789, primera parte, CC.) no tiene un equivalente en lo que se refiere a la existencia y realización de los *supuestos* que condicionan el nacimiento de la posesión recogida en el artículo 772, CC. Con ello se quiere significar que quien esgrime la condición legítima de su actuación posesoria, asume la carga de la prueba de todos los extremos estudiados (*supra*, N.° 35-C).

Sin embargo, por ser la posesión una situación fáctica –en principio–, difícil de demostrar en su integridad a través de los medios normales de prueba organizados por el derecho material para la prueba de los derechos, el legislador ha facilitado esta tarea por intermedio de un elenco de presunciones, cuyo mecanismo presupone el establecimiento de la situación posesoria que trata de hacer valer.

A) *Presunción de no precariedad*

Conforme al artículo 773, CC., se presupone siempre que una persona posee por sí misma y a *título de propiedad*, cuando no se prueba que ha comenzado a poseer en nombre de otra. La carga de la prueba y, por tanto, la destrucción de la presunción *(juris tantum)* normativamente consagrada, incide sobre el sujeto que discuta al poseedor la actuación posesoria en concepto de dueño. El equivalente del precepto técnico citado en el Código Civil italiano de 1865 (art. 687), no fue reproducido en el Código de 1942. La razón fundamental de esta exclusión obedeció a la extensión limitada del ámbito de validez de la norma: presunción de posesión a título de propietario. Existe, en realidad, una serie de actos posesorios correspondientes al contenido de derechos diversos del dominio (usufructo, servidumbre) que escaparían al marco estrecho edificado por la norma. De otra parte, se trató de conservar la unidad técnica que imponía el contenido del artículo 1.140 de este texto legal.[119]

B) *Presunción de no inversión (no interversión del título)*

El artículo 774, CC., establece que cuando alguien ha principiado a poseer *en nombre de otro*, se presume que la posesión continúa *como*

119. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, pp. 47 y 48.

principió, si no hay pruebas de lo contrario. Corresponde, por tanto, al poseedor que pretende haber invertido la causa o el origen de su posesión, demostrar esta circunstancia para aprovecharse de las consecuencias de la posesión *en concepto de dueño*, por ejemplo, a los efectos de la usucapión del derecho correspondiente (CC., art. 1953), o de la acción posesoria de amparo (CC., art. 782).

C) *Presunciones de no interrupción y de continuidad de la posesión*

El poseedor actual que demuestre haber poseído en un tiempo anterior se presume haber poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (Código Civil portugués de 1966, art. 1.254, N.° 1; Código Civil italiano de 1942, art. 1.142; Código Civil venezolano, art. 779). Pero la posesión actual no hace presumir la anterior, salvo que el poseedor tenga título, en cuyo caso se presume, que ha poseído desde la fecha del título, si no se demuestra lo contrario (Código Civil venezolano, art. 780). Las reglas modelos del Código Civil italiano de 1865 (arts. 691 y 692), con leves modificaciones, fueron conservadas en el texto de 1942 (arts. 1.142 y 1.143).[120]

a) La presunción inmersa en el artículo 779 del Código Civil actúa exclusivamente a favor del poseedor actual que, además, haya sido poseedor en época precedente;

b) El momento a tomar en consideración para afirmar la existencia de la posesión *actual*, es el de la instauración del juicio o aquel en que se consuma el acto lesivo a la posesión, según los casos;

c) La mayor o menor duración de la posesión remota es irrelevante;

d) El título, ex artículo 780, es el acto jurídico constitutivo del derecho que es, también, actualmente ejercitado. Este título no necesariamente debe provenir a *domino* ni estar privado de vicios; debe ser

120. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, pp. 47 y 48. "El título no hace presumir la posesión *actual*. Es indispensable probar ésta para poder presumir, por el título, que se ha poseído también *en el tiempo intermedio* desde la fecha del título" (Casación venezolana, sentencia de 7 de noviembre de 1956, *Gaceta Forense*, 2ª etapa, tomo XIV, pp. 109 y ss.). *Cfr.*, también, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 8 de agosto de 1967, en *Repertorio Forense*, N.° 381, p. 2. *Consultar*, de igual modo, el fallo del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 3 de noviembre de 1960, en *JTR*, VIII, 1960, p. 499.

121. A favor: Pugliese, Giuseppe, y Montel, Alberto. La interpretación reduce, no obstante, el alcance de la norma.

escrito[121] y su existencia ha de ser probada por quien invoca los efectos de la posesión.[122] Apenas resta añadir que el título no hace presumir la posesión actual.[123]

39. EFECTOS DE LAS DIFERENTES CLASES DE POSESIÓN

A) *Adquisición de los frutos y pago por concepto de mejoras*

a) El poseedor de buena fe hace suyos todos los frutos (naturales y civiles), y sólo está obligado a restituir los que perciba después de notificado *legalmente* de la demanda (Código Civil, art. 790). El mero conocimiento –si se prescinde de la notificación *legal*– que el poseedor obtenga de la demanda por restitución, o por reconocimiento del derecho que otro pretenda sobre la cosa, no bastaría para privar de los frutos al poseedor de buena fe. No debe verse, sin embargo, en esta limitación del derecho sobre los frutos una mutación de la posesión de buena fe en posesión de *mala fe*, desde luego que la mala fe sobrevenida no perjudica la buena fe inicial.[124] La doctrina estima, que la regla consagrada en el artículo 790 del Código Civil, es aplicación simple del principio conforme al cual los efectos de la sentencia se retrotraen al día de la demanda.

Se entienden percibidos los frutos naturales desde el momento en que se separan de la cosa madre. Los frutos civiles se reputan adquiridos día por día. Si al tiempo en que se realiza la condición prevista en el artículo 790 del Código Civil se hallan pendientes algunos frutos naturales, tiene el poseedor derecho a los gastos hechos para su recolección y los necesarios de semillas, siembra y conservación (arg. art. 553 del Código Civil). Dentro de estos gastos se incluyen las erogaciones realizadas para la producción y

122. Montel, Alberto: *La disciplina del possesso*, p. 49.

123. *Cfr.* Sentencia de la Casación venezolana de 8 de agosto de 1967, citada en la nota 120.

124. Montel, Alberto: voz "Possesso. Diritto Civile", en *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIII, p. 380. mas no todos los poseedores de buena fe tienen derecho a los frutos. No podrá reconocerse pretensión alguna al poseedor a título de servidumbre con relación a la cosa sobre la cual ejercita el poder de hecho correspondiente al derecho real limitado (Montel, Alberto: *Op. cit.*, p. 380).

cosecha de los frutos y –además– las cargas inherentes a ellos como los gastos de administración de la cosa poseída, los cánones, impuestos.[125]

El poseedor de buena fe tiene, asimismo, derecho al pago por *mejoras* realmente hechas a las cosas, y existentes al tiempo de producirse la evicción.

b) El poseedor de mala fe no tiene derecho alguno a los frutos, aunque sí, *como el de buena fe*, al reembolso por concepto de mejoras. Se halla obligado a la restitución de los frutos percibidos y de aquellos que el reivindicante hubiera podido percibir.

La doctrina califica como *mejoras* todas las obras que, sin ser requeridas por la necesidad, "y sin innovar la cosa sobre la cual son hechos y de la cual llegan a ser accesorias, la perfeccionan e incrementan su utilidad productiva".[126] Son dos, por tanto, los elementos concurrentes del concepto: el gasto aportado para producirla y el mayor valor adquirido por la cosa. Rebasarían, en consecuencia, el concepto –y la doctrina no vacila en tal virtud– la simple *plusvalía* y el mayor valor adquirido por el bien, en razón de las oscilaciones en el valor de la moneda. Pero, pese al incremento de la capacidad productiva de la cosa, las mejoras no varían su sustancia. En otros términos, las mejoras no conservan individualidad propia, sino que se incorporan a la cosa en forma tal que se confunden con ella.[127]

Difieren así de las adiciones que comportan la creación de *una nueva entidad*, la cual conserva, o puede adquirir, individualidad. Las adiciones (construcciones, plantaciones) son necesariamente *materiales* y se hallan en relación directa con la cosa; por el contrario, se citan casos de mejoras *inmateriales* (el aumento de valor logrado con la liberación de una servidumbre que pesaba sobre el fundo).

125. Montel, Alberto: Voz "Possesso, Diritto Civile", en *Novissimo Digesto italiano*, cit., p. 382.
126. Montel, Alberto: Voz "Miglioramenti", en *Nuevo Digesto italiano*, tomo VIII, p. 475.
127. Montel, Alberto: Voz "Miglioramenti", *loc. cit.*, p. 475. Callegari, Dante: *Istituzioni...*, p. 440. Con la simetría mejoras-adiciones quedaría virtualmente resuelto el conflicto aparente entre los artículos 791 y ss. y 556 y ss. del Código Civil.

c) Tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe sólo pueden reclamar por concepto de *mejoras* la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a la cosa (Código Civil, art. 792). Ricci construye una explicación del precepto basándose en dos hipótesis: a') Si por un gasto de 10 la mejora alcanza 5, el propietario sólo estará obligado a pagar esta última cantidad; b') Si por un gasto de 5 la mejora vale 10, el propietario pagará únicamente 5, por cuanto el poseedor no podrá aspirar a más de lo que ha gastado. En todo caso, la valoración de la mejora se efectúa para el momento en que el titular recupera la cosa mejorada, puesto que únicamente deriva un provecho si el aumento de valor perdura.[128] Alberto Montel opina que el derecho al reembolso nace no de la posesión sino de la erogación, por lo que el poseedor actual no podría pretender indemnización alguna por los gastos que hubiere realizado un precedente poseedor que le hubiera cedido el derecho correspondiente.[129]

d) Ahora bien, si al poseedor de *buena fe* no se le abonan los gastos erogados por concepto de mejoras realmente hechas y existentes en la cosa, tiene un derecho de *retención* sobre los bienes, con tal que haya reclamado el reembolso en el juicio reivindicatorio (Código Civil, art. 793). El poseedor de *mala fe* no dispone de una garantía similar.

El poseedor de buena fe puede llevarse lo que hubiere utilizado en adorno de la cosa, si no le causa deterioros a ésta, cuando el nuevo poseedor no prefiera abonar su importe.[130]

e) Ni el poseedor de buena fe ni el de mala fe tienen derecho –como se advirtiera ya– al incremento de valor experimentado por la cosa por obra de la naturaleza o del transcurso del tiempo.

B) *Adquisición del derecho sobre la cosa*

La suma de la posesión y de algunos otros requisitos particulares puede totalizarse en la adquisición del derecho por actuación:

128. Ricci, Francesco: *Derecho Civil teórico y práctico*. Trad. de Adolfo Posada. Madrid, tomo XI, p. 181.
129. Montel, Alberto: Voz "Possesso. Diritto Civile", en *Novissimo Digesto italiano*, cit., p. 387.
130. Expresamente, Código Civil español, artículo 454.

a) De la *ocupación*, en los supuestos de *res nullius* y de *res derelictae* (toma de posesión con ánimo de apropiarlos; *infra*, Capítulo XI, N.° 67);

b) De la *adquisición instantánea* de bienes muebles corporales –y de títulos al portador–, *a non domino por terceros de buena fe* (Código Civil: art. 749, primera parte, e *infra*, Capítulo XIII, N.° 93). El principio de *irreivindicabilidad de títulos al portador* extraviados o sustraídos opera plenamente a favor del *adquirente de buena fe* que los hubiere recibido del hallador o del autor de la privación ilegal (arg. art. 130 del Código de Comercio);

c) De la *usucapión* si la posesión (legítima) se prolonga por un determinado lapso (Código Civil, arts. 1953 conc. 1977 y 1979 [buena fe] e *infra* , Capítulo XII, N.° 76).

C) *Preferencia acordada al poseedor efectivo con buena fe*

Cuando por diversos contratos se hubiese obligado alguien a dar o a entregar una cosa *mueble por naturaleza* o un *título al portador*, a diferentes personas, se preferirá a aquel que primero haya tomado posesión efectiva, con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha (Código Civil, art. 1.162).

D) *En el terreno conflictual de intereses*

Se valora especialmente la condición del poseedor en todos aquellos supuestos en que el actor no logra suministrar la prueba plena del derecho invocado (CC, artículo 775, e *infra* – para algunas aplicaciones concretas–, Capítulo XIII, N° 91).

Tangencialmente conviene destacar el contenido del artículo 707 del Código de Procedimiento Civil (en el marco de los interdictos de amparo y restitutorio): El juez acordará el amparo o decretará la restitución de la cosa a quien *probare mejor su derecho* a invocar la tutela posesoria cuando dos o más personas pidieren simultáneamente el beneficio organizado por el derecho positivo. El régimen aplicable se halla previsto en esa misma norma.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Mawdsley, Andrés: *De la posesion dans le Droit Civil de la Province de Quebec*. 1948.

Albaladejo García, Manuel: "Concepto, estructura y clases de posesión". En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, julio-agosto de 1962, pp. 588 y ss.

Albaladejo García, Manuel: "Adquisición y pérdida de la posesión". En *Revista de Derecho Privado*, Madrid, febrero de 1963, pp. 117 y ss.

Bastidas, Luis I.: *La posesión*. Ed. Artes Gráficas, Caracas, 1935.

Borjas, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*. Editorial Bibloamericana, Buenos Aires, 1947.

Callegari, Dante: *Instituzioni di Diritto Privato*. G. Giappichelli, ed., Turín, 1960.

Carrejo, Simón: *Derecho Civil (Bienes y Derechos Reales)*. Reimpresión. Publicaciones de la Universidad Externado de Bogotá, Bogotá, 1962.

Certad, Leonardo: *La protección posesoria (Teoría general en el Derecho venezolano)*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

Cherchi, Amsicora: "L'usucapione decennale nell'acquisto «a domino»". En *Rivista di Diritto Civile*, 1935, pp. 175 y ss.

Dassen, Julio y Enrique Vera Villalobos: *Manual de Derechos Reales*. (Parte general-Posesión-Defensa posesoria). Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1962.

D'Avanzo, Walter: *Il possesso*. Società Editrice Libraria, Milán, 1939.

De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.

De Martino, Francesco: "Possesso". En *Comentario del Codice Civile*, Libro III. Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1954.

García Valdecasas, Guillermo: "La doble naturaleza de la posesión". En *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio de 1954, pp. 309 y ss.

Hedemann, J. W.: *Derechos Reales*. Vol. II. Traducción, J. L. Díez Pastor y M. González Enríquez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Hernández Gil, Antonio: *La función social de la posesión*. Alianza Editorial, Madrid.
Jiménez Salas, Simón: "La posesión en el Derecho Civil venezolano". Ediciones Magón, Caracas, 1975.
Lazo, Oscar: *Código Civil de la República de Venezuela*. Ediciones Legis, Caracas, 1962.
Manrique Pacanins, Gustavo: *Jurisprudencia y Crítica de la Casación Venezolana*. 2 volúmenes (1924 a 1950).
Martín Pérez, Antonio: *La posesión*. Madrid, 1958.
Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1954.
Montel, Alberto: "Acquisto in forza di titolo viziato *'a dominio'* e possesso di buona fede". En *La disciplina del posseso nel Codice Civile italiano*, 2.ª edición. G. Giappichelli, ed., Turín, 1951.
Montel, Alberto: *La disciplina del possesso nel Codice Civile italiano*. Turín, 1951.
Montel Alberto: *Il posseso di buona fede*. Cedam, Padua, 1935.
Montel, Alberto: Voz "Possesso (Diritto Civile)". En *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII.
Parra, Ramiro Antonio: *Acciones posesorias*. 2ª edición. Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956.
Pérez, Néstor Luis: "La posesión (Posesión legítima, posesión de buena fe y posesión precaria)". En *Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia*, tomo IX, marzo-abril de 1943, N.° 92, pp. 3.348 y ss. (Trabajo reproducido en el *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Fundación Rojas Astudillo, N.° 10, Caracas, 1959).
Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N.° 11 (1973).
Planiol, Marcel: *Los bienes*. Edit. José M. Cajica, Puebla, México, 1955.
Planitz, Hans: *Derecho Privado Germánico*. Traducción, Carlos Melón Infante. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957.
Protetti, Ettore: Voz "Possesso". En *Enciclopedia Forense*, dirigida por G. Azzariti y otros, vol. V, pp. 720 y ss.
Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*. 4.ª edición. UTET, Turín, 1921.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953.
Rava, Adolfo: *Instituzioni di Diritto Privato*. 2ª edición. Cedam, Padua, 1938.
Rojina Villegas, Rafael: *Derecho Civil Mexicano*. Tomo III, vol. II. Antigua Librería Robredo, México, 1947.
Sacco, Rodolfo: *Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto*. Casa Editrice Dr. Francesco Vellardi, Milán, 1960.
Santos Briz, Jaime: *Derecho Civil (Teoría y Práctica)*. Tomo II. Derecho de Cosas, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.
Trabucchi, Alberto: *Instituzioni di Diritto Civile*. Cedam, Padua, 1964.

Capítulo VII
La protección posesoria

40. ESTUDIO DE LAS ACCIONES POSESORIAS

A) *Especies recogidas en la legislación venezolana*

Es en el Código Civil donde se localiza la distinción de las cuatro acciones posesorias que se conservan en el derecho positivo venezolano (Código Civil de 1982: art. 782, 783, 785 y 786), las cuales corresponden, respectivamente, a los interdictos de *amparo y restitutorio,* y a las denuncias *de obra nueva y de daño temido.* (Sobre el aspecto discutible de estas últimas, *V. infra,* número 48).

El Código de Procedimiento Civil, obedeciendo a una antigua nomenclatura, agrupa los interdictos en *posesorios* (arts. 699 a 711) y *prohibitivos* (arts. 712 a 719), e incluye en los primeros el de amparo y el de restitución, y entre los de la segunda especie, los de obra nueva y daño temido. Observa el doctor Silvestre Tovar Lange, que esta divi-

sión es incorrecta. Además de las motivaciones extraídas de la naturaleza de la posesión tutelada, dentro del rubro de los interdictos prohibitivos cabrían tanto las denuncias de obra nueva y de daño temido como la acción posesoria de amparo, puesto que el acto decisorio que recae en el juicio promovido por el poseedor legítimo *prohíbe* la prosecución de los actos de perturbación.[1]

B) *Cuadro demostrativo de la evolución histórica de las acciones interdictales de amparo y de restitución en el derecho venezolano*

Un breve recuento histórico, permite formar el siguiente cuadro evolutivo de las acciones posesorias de amparo y de restitución en los diversos Códigos vigentes en nuestro país. La Ley I, Título VI, Libro II del CC. de 1862 reglaba la protección posesoria conforme a los lineamientos siguientes: "Art. 1.°: Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos. Los bienes llamados *inmuebles por su destino*, no pueden por sí mismos dar lugar a las acciones posesorias, pero sí quedan comprendidos en la acción intentada para la posesión del inmueble relativo, como partes integrantes de él". Conforme a este mismo texto positivo, el usufructuario, el usuario y el titular del derecho de habitación se consideraban legitimados activos en la relación procesal creada por la acción de recuperación o de mantenimiento, aun contra el propietario, quien se hallaba obligado a auxiliarlos contra todo perturbador o despojador, si lo requerían al efecto, y contra el cual repercutían los efectos del fallo pronunciado (art. 3.°). Los requisitos fundantes de las acciones posesorias se resumían:

a) En el derecho de posesión; y

b) En el hecho de la perturbación o ataque a ese derecho. El legitimado activo debía reunir las cualidades de poseedor pacífico, exento de vicios en su posesión, continuo y sin interrupción durante un año completo (posesión ultraanual: arts. 4 y 5). Por otra parte, la acción de amparo (mantenimiento) debía intentarse dentro del año de la molestia a la posesión. La acción interdictal restitutoria prescribía al cabo del año (completo) contado desde que el poseedor perdió el ejercicio de los actos posesorios. "Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se cuenta este año desde el último acto de violencia o desde que ha cesado la clandestinidad" (art. 12). El CC. de 1873 modificó radicalmente el sistema de protección posesoria, ajustándose al modelo italiano (CC. de 1865). El interdicto de amparo protegía la posesión basada en *justo título* de los bienes ***muebles e inmuebles***, siempre que se intentara contra el perturbador dentro del año del hecho lesivo (art. 652). La acción posesoria de restitución tutelaba también al poseedor con *justo título* de bienes muebles e inmuebles, que ha sufrido despojo de la cosa. El lapso para intentar la acción era de un año (art. 653). Los artículos 654 a 656 del CC. de 1873 agrupaban un conjunto de normas procesales que, posteriormente, fueron recogidas por el CPC. Igual formulación puede observarse, sin modificaciones sustanciales, en los Códigos Civiles de 1880 (arts. 658 y 659), de 1896 (arts. 675 y 676) y de 1904 (arts. 681 y 682). El CC. de 1916 introdujo la ***posesión legítima*** como cualidad de los actos posesorios tutelados por el interdicto de amparo. Esta acción protegía los inmuebles, derechos reales y universalidades de muebles (art. 770), y debía intentarse en el lapso de un año. Esta primera parte del artículo 770 (igual: art. 770 CC. de 1922) coincide con la disposición contenida en el artículo 782 del CC. vigente. La diferencia más notable entre estas dos normas se revela, sin embargo, en la segunda parte del artículo citado. De acuerdo con el mismo, el arrendatario podía promover el interdicto de amparo en nombre y en interés de quien posee, facultad hoy conferida según el artículo 782 del Código vigente, no sólo a un tipo calificado de mediador posesorio (arrendatario), sino también a cualquier *poseedor precario*.

En lo que atañe al *interdicto restitutorio*, el CC. de 1916 concedía la protección posesoria a través de esta acción, *a cualquier poseedor, violenta o clandestinamente despojados* de una cosa mueble o inmueble (art. 771). Igual en el Código de 1922. El CC. vigente (art. 783), suprimió los requisitos de violencia o clandestinidad en el despojo como circunstancias fundantes para la procedencia del interdicto. No obstante, el artículo 709 del Código de Procedimiento Civil autoriza aún la ***restitución*** o el *amparo*, por conducto de los interdictos, cuando "se haya hecho uso de fuerza contra el poseedor", todavía después de haber corrido el plazo que, para promoverlos, establece el Código Civil.

1. Tovar Lange, Silvestre: *Tesis de Procedimiento Civil*, Librería Pensamiento Vivo, Caracas, 1956, p. 9 (edición mimeografiada).

41. LA PROHIBIDA ACUMULACIÓN DE ACCIONES POSESORIAS

La jurisprudencia venezolana rehúsa admitir la acumulación de las acciones interdictales de amparo y restitución en un mismo libelo, pero acepta su *proposición subsidiaria.*[2] Tampoco da entrada, a la vez, a los decretos de restitución y de amparo.[3]

El amparo presupone la conservación de la posesión por quien haya sufrido los efectos de los actos turbatorios; por el contrario, la restitución descansa sobre la hipótesis de la pérdida de la posesión, la cual trata de ser recuperada a través de un procedimiento específico (reintegración en la posesión). En consecuencia, estas acciones se excluirían.

Por razón misma del *hecho generador,* existen diferencias entre las acciones aludidas. El *interdicto de amparo* (interdicto de queja, de retener, de mantenimiento, o de perturbación) y el *interdicto restitutorio* (interdicto de recobrar, de reintegrar o de reintegración), se fundan en la ilicitud del hecho generador. "Sin embargo, la ilicitud del hecho realizado por el perturbador, se limita a disminuir o a alterar el modo de ejercer la posesión legítima de la cosa que tiene quien sufre esa arbitrariedad, en tanto que la realizada por el despojador ocasiona la *pérdida propiamente dicha,* total o parcial, de la posesión, cualquiera que sea, de la cosa que viene a tener total o parcialmente el despojador.[4]

2. Arg.: Sentencia de la Casación venezolana de 5 de diciembre de 1928, en *Jurisprudencia y crítica de la doctrina de la Casación venezolana* (1924-1950), por el Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, p. 296, N.° 8.
3. *V.*, Sentencia de la Casación venezolana de 19 de noviembre de 1924, en *Jurisprudencia...,* del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, p. 296, N.° 7.
4. *Cfr.* Urbaneja Achelpohl, Alejandro: "Interdicto de amparo y arrendamiento", en el *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela,* primera etapa, N.° 3, octubre de 1950, p. 30. Cuando se solicita en un mismo libelo "y con reelección a un solo inmueble, amparo y restitución, el juez está obligado a resolver con precisión cuál de los hechos y elementos característicos de uno y otro interdicto resultan probados para acordar amparo o restitución, pues jurídicamente no es posible que un despojador sea a la vez y respecto a un mismo fundo o parte de él, simple perturbador" (Sentencia de la Casación venezolana, de 25 de marzo de 1957, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 15, p. 149). "Despojar, según la doctrina, quiere decir privar a alguno contra su voluntad expresa o presunta, total o parcialmente, de un objeto mueble o inmueble poseído por él, con intención el despojador de sustituirse en la tenencia o posesión. En el interdicto de amparo, por el contrario, el titular de la acción

La exacta escisión entre la *perturbación* y el *despojo* resulta ardua en el terreno de los hechos. Tal vez por esto se justifica la proposición subsidiaria del interdicto restitutorio. En este orden de ideas, sólo una apreciación cuidadosa de la lesión posesoria, en cada caso concreto, podría conducir a fijar el alcance del acto *objetivo dirigido* a producir la alteración del hecho posesorio susceptible de ser neutralizada mediante el recurso a los interdictos.

42. LOS INTERDICTOS Y LOS CONFLICTOS SURGIDOS DEL INCUMPLIMIENTO O DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los conflictos nacidos de la interpretación o de la ejecución –total o parcial– de las cláusulas contractuales no pueden ventilarse por vía interdictal. Tal postura ha arraigado en la jurisprudencia de la Casación y de los Tribunales de Instancia venezolanos.[5]

no puede alegar que ha sido despojado o privado de la posesión del objeto, sino que el querellado con sus actos perturbatorios, que no llegan al extremo de suplantarlo en su derecho, le impide, obstaculiza o molesta el cabal ejercicio de la posesión que tiene sobre alguna de las cosas que indica el artículo 782 del Código Civil, y por ello pide se le mantenga en el disfrute pleno y exclusivo de dicha posesión" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 27 de febrero de 1973, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* (febrero de 1973, N.° 2, pp. 60 y 61), por Oscar Pierre Tapia).

5. *Cfr.*, en doctrina, pero con aporte crítico: Certad, Leonardo: *La protección posesoria,* pp. 57 y ss. "Cuando la autorización para hacer una calle (por ejemplo), proviene de una cláusula contractual, no pueden ni el autorizante ni su causahabiente, aunque fuere el propietario o el poseedor del terreno, impedir con un decreto interdictal el cumplimiento de dicha cláusula" (Casación venezolana, Sentencia de 6 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense,* N.° 17, segunda etapa, julio a septiembre de 1957, pp. 150 y ss). La parte motiva de este fallo postula la siguiente máxima: "La ejecución de trabajos autorizados por el contrato, no son actos de perturbación o de despojo posesorios, porque falta en ellos el *animus turbandi* o *expoliandi,* ya que en toda acción ciertamente posesoria es indispensable que el querellado pretenda sustituir al querellante en su posesión". Acerca de las repercusiones de la cuestión en materia de oposiciones, consúltese la misma sentencia en la *Gaceta Forense* citada, pp. 163 y 164. En igual sentido, el pronunciamiento de la Casación, de 11 de enero de 1938, *Memoria* de 1939, tomo II, p. 17, y *Jurisprudencia...,* del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, pp. 295

Los diversos argumentos que apoyan ese criterio, encajan en el esquema siguiente:

a) Las relaciones obligacionales determinan específicamente la esfera de los derechos y deberes de los términos subjetivos vinculados. La actuación aparentemente configurativa de una perturbación o de un despojo, imputable a una de las partes (el arrendador, por ejemplo), no involucra ataque a la posesión cumplida por el mediador posesorio (arrendatario, por ejemplo), sino la inejecución de las normas contractualmente creadas. En virtud de este orden de ideas, el medio procesal al alcance del contratante que ha padecido los efectos del proceder antijurídico de la otra parte, para enervar o suprimir el hecho lesivo, es la acción nacida del respectivo contrato.[6]

y 296. N.° 6: "...y por cuanto la perturbación cuya suspensión ha motivado este interdicto, es esencialmente de índole contractual que implica necesariamente pronunciamientos sobre derechos y obligaciones, que caracterizan los juicios peritorios, y no sobre meros hechos, posesorios, cualquier reclamación emanada de la vinculación contractual excede de los límites del procedimiento de las acciones posesorias"; y las Sentencias de la Corte Federal y de Casación, de 13 de diciembre de 1949 (*Gaceta Forense*, N° 3, primera etapa, p. 236), y de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de 14 de diciembre de 1966 (en *Jurisprudencia analítica de Venezuela*, de Laya-Manzano, vol II, p. 497). La tendencia de los Tribunales de Instancia deriva hacia la orientación trazada por la Casación, sin desviaciones visibles. Entre otros fallos, y sobre esta línea: Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 3 de junio de 1959 (en *JTR.*, vol. VII-2, p. 189, N.° 1), Sent. del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil del Estado Aragua, de 8 de julio de 1959 (*JTR.*, vol. VII-2, p. 134, N.° 4), Sentencia del Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial, de 16 de enero de 1958 (*JTR.*, vol. VII-2, p. 189, N.° 6). "No puede lograrse el cumplimiento de la obligación de restituir, proveniente de un contrato, por la vía interdictal. Las controversias generadas por la falta de cumplimiento de los deberes ínsitos a un contrato, en efecto, son extraños a la materia posesoria objeto de los interdictos" (Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 21 de marzo de 1963, en *JTR.*, vol. XI, p. 323, N.° 155). En materia de improcedencia de querellas interdictales promovidas por propietarios (y poseedores) de apartamentos enajenados bajo el régimen de la propiedad horizontal, contra otros condueños, véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de 24 de mayo de 1972, en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, tomo XXXIV (1972), p. 406 y, en este mismo volumen, Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 26 de junio de 1972 (XXXIV, p. 78).

b) El artículo 1.159 CC., que consagra la fuerza obligatoria del contrato, sería superfluo si la norma contractualmente creada no estuviera sumada a una acción típica que garantice el exacto y cabal cumplimiento.[7] En efecto, tal consecuencia se encuentra especialmente prevista en los artículos. 1.264 y siguientes del Código Civil;

c) El argumento conforme al cual el interdicto restitutorio se otorga "aun contra el propietario" (CC., art. 783), no es decisivo, puesto que "sólo hay un interdicto si no existen relaciones contractuales";[8]

d) El juicio posesorio es un procedimiento *especial*, en el cual se debaten cuestiones de hecho, extrañas a la esfera de los derechos, por lo cual resultaría inconciliable con la naturaleza del mismo cualquier examen dirigido a la solución de un conflicto enmarcado en las relaciones jurídicas generadas por el contrato.[9]

Por oposición, militan a favor de la tesis propicia a la admisión de las acciones posesorias promovidas por el mediador posesorio contra el poseedor mediato, y con las debidas reservas respecto del interdicto de amparo, pero por razones diferentes (*infra*, N.° 45, E), las consideraciones de un denso sector de la doctrina (así Wolf, De Ruggiero, Antonio Martín Pérez) y la misma construcción del artículo 783, CC. (interdicto restitutorio):

a) La circunstancia de que la actuación del poseedor mediato contra el mediador posesorio (y poseedor inmediato) involucre una violación del deber contractualmente asumido, no descarta que su conducta pueda calificarse de perturbación o de despojo de la posesión. La protección interdictal, precisamente, atribuye una tute-

6. De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, p. 193. La argumentación del autor está referida a la tutela de la posesión del arrendatario frente al arrendador. Sin embargo, su pensamiento es trasplantable, en general, a todos los tipos de relaciones creadoras de una mediación posesoria.
7. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 59.
8. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 59, y Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 17 de junio de 1960 (en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, 1960, primer semestre, p. 393).
9. De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, p. 193.

la a los *estados de hecho* "con prescindencia de las titularidades jurídicas";[10]

b) Así como el poseedor que, al propio tiempo, es titular del derecho real correspondiente puede servirse, ante una invasión de su esfera de intereses, de la protección de las acciones posesorias y de las acciones organizadas en resguardo del derecho, también puede el mediador posesorio óponerse como tal a la actuación del poseedor mediato;[11]

c) "La circunstancia de que medien relaciones contractuales entre el poseedor mediato y el inmediato, hace más ilícito el desconocimiento de la posesión en el inmediato";[12]

d) La acción posesoria *no es subsidiaria* de la acción condicionada por el incumplimiento o la inejecución de la relación contractual, como podría deducirse de la aplicación y alcance del artículo 1.159, CC. El mero hecho de que al poseedor se le dote de las acciones contractuales, no obstruye la penetración de las acciones posesorias.[13]

La resistencia opuesta a la admisión de las acciones posesorias intentadas por el poseedor inmediato contra el poseedor mediato –visto el problema desde otra faceta–, es vencida en la actualidad por la doctrina al reconocer que la posesión puede ser protegida no sólo frente a los terceros extraños a la relación contractual. Existe, en efecto, una esfera de interés (posesoria) paralela y diferenciada netamente, de la órbita sobre la cual se desplazan los deberes y derechos de los cuales es titular el mediador posesorio.[14]

---

10. De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, p. 194.
11. *Ibíd.*, p. 194.
12. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 62.
13. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 63. A pesar de ello, el autor reconoce que la tesis no puede generalizarse: *Op. cit.*, p. 78.
14. Si bien la falta de pago del canon de arrendamiento, o la negativa a restituir la cosa arrendada al expirar el contrato (deberes circunscritos a la norma contractualmente creada), resultarían supuestos inhábiles para fundar la acción posesoria, no crearía similar resultante la hipótesis basada en todas aquellas relaciones de hecho "que no deriven del contrato" (De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal...*, p. 200).

43. EL CARÁCTER INTERINO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

La tutela que ofrecen las acciones posesorias es, básicamente, interina. Por una parte, lo decidido en la etapa no contenciosa del juicio interdictal puede ser alterado en la fase "plenaria" posterior.[15] Por otro lado, lo decidido en el juicio posesorio puede ser modificado por una decisión recaída en un proceso petitorio. El carácter provisional de la sentencia es la secuela, también provisional, del *status* posesorio. "La sentencia en juicios interdictales no ampara a perpetuidad la situación creada por ella, es decir, que el victorioso en estos juicios no pueda ser molestado con nuevas acciones. La razón es harto sencilla: la posesión se adquiere y se pierde, el poseedor de hoy *puede dejar de serlo mañana*, y el que no pudo probar su posesión en un juicio, puede adquirir y comprobarla con el transcurso del tiempo".[16] A menudo suele afirmarse, por este conducto, que en el juicio posesorio recae sentencia generadora de *cosa juzgada formal*, no de cosa *juzgada material*.[17]

---

15. En los juicios interdictales se distinguen dos fases perfectamente diferenciadas: una *sumaria* y otra *plenaria*. Las decisiones dictadas en la primera tienen carácter provisional; "pero ello no quiere decir que esas decisiones y los recaudos probatorios en que ellas se fundaron, no surtan ningún efecto en el juicio ordinario y queden virtualmente anuladas, pues se trata de un solo juicio, de una sola relación procesal, y si las decisiones dictadas en la fase sumaria no son destruidas en esta fase plenaria, ellas producen todos sus efectos legales, toda vez que, como lo establece la doctrina, las decisiones interlocutorias dictadas en la fase sumaria adquieren fuerza de cosa *juzgada formal*, en el sentido de crear una vinculación del Tribunal a su propio pronunciamiento, precluyéndose la posibilidad de volver sobre sus pasos en el ámbito del proceso pendiente, cuando este proceso continúe" (Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial, de 18 de enero de 1955, en *JTR.*, vol. IV, p. 163).
16. Sentencia de la Casación venezolana, de 28 de mayo de 1957, en *Gaceta Forense*, N.° 16, segunda etapa, p. 128.
17. Ciertas decisiones tienen eficacia meramente transitoria, pese a haberse agotado todos los recursos que la ley procesal de ordinario confiere. "Se cumplen y son obligatorias tan sólo en el proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta al momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse" (Couture, Eduardo J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, ed. 1951, pp. 308 y 309, N.° 212). La cosa juzgada formal sólo ostenta una de las características de la cosa juzgada: la inimpugnabilidad , pero carece de la nota de inmutabilidad (Couture, Eduardo J.:

Certad[18] ha distinguido entre la *sentencia favorable* y la *sentencia no favorable* al querellante. En el primer caso, el titular que sea a la vez poseedor, a quien se acuerda el amparo o la restitución, experimentará los efectos definitivos del pronunciamiento jurisdiccional el cual no queda anulado en cuanto a los mismos.

La relatividad de la cosa juzgada no confronta una excepción en el juicio posesorio. Una vez que la sentencia posesoria reviste el carácter de *inimpugnable*, al no poder ser atacada por ningún recurso de orden procesal, adquiere el carácter de cosa juzgada formal. El carácter fáctico de la posesión tutelada, emerge como obstáculo a la generación de la cosa juzgada material (o sustancial). La cosa juzgada formal, afirma Certad,[19] reside no exclusivamente en la nota de inimpugnabilidad, sino en una relación muy particularizada con la *causa petendi*. Si no existe identidad en la *causa petendi* –aunque se verifiquen los demás elementos– *no existirá cosa juzgada*. El precedente orden de ideas, en consecuencia, ha llevado a afirmar que, cuando se litiga sobre el dominio de la cosa, en juicio petitorio, la causa petendi será diversa de la que se descubre en el *juicio posesorio*, por lo que no cabría hablar de *cosa juzgada formal*, en los interdictos de amparo y de restitución.

44. LOS INTERDICTOS Y LOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

Dentro del círculo de los legitimados pasivos en la relación procesal creada por las acciones posesorias, suele colocarse a las autoridades administrativas y jurisdiccionales, especialmente por lo que atañe a los interdictos de amparo y de restitución.

Op. cit., p. 310), por cuanto la sentencia admite la posibilidad de una modificación en un procedimiento posterior. *V.*, también,s para la jurisprudencia venezolana, nota 15. La inatacabilidad y la irrevocabilidad de los fallos, notas por lo regular indisolublemente ligadas, se desvinculan cuando la sentencia produce cosa juzgada formal. Tal sentencia se torna inatacable por los recursos legales, pero no asume carácter de irrevocabilidad (Pereira Anabalón, Hugo: *La cosa juzgada en el procedimiento civil chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 1954, p. 76).

18. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 164.
19. *Cfr.* Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 167.

Para una mayor comprensión de la materia, y en especial para descubrir los obstáculos que la doctrina plantea hoy a una respuesta afirmativa indiscriminada, se ha juzgado conveniente escindir la argumentación en dos sectores:

A) *Los interdictos y los actos de las autoridades administrativas*

Las direcciones tradicionales percibieron un distingo dual con relación a los actos cumplidos por la administración:

a) Dentro de un mismo grupo: los actos en los que los organismos de la administración proceden *iure imperii* (en interés de todos los miembros de la comunidad, al tomar las medidas que interesan al ornato, la higiene, el saneamiento, la seguridad).

b) En el margen opuesto, los actos en los que los organismos administrativos proceden *iure gestioni*, en interés fundamental del patrimonio del Estado.

Los partidarios de tal dicotomía en la actuación de los organismos de la administración, consideraron procedentes los interdictos, cuando tales acciones incidían sobre los actos cumplidos *iure gestioni*.[20] En los momentos actuales la discriminación es inaceptable. La posesión es protegida en la medida en que la misma se exterioriza y es comprobada, y no por la simple circunstancia de que el despojo o la perturbación sean sólo jurídicamente relevantes cuando el organismo correspondiente, directa o indirectamente, trate de sustituirse al poseedor en el ejercicio de los actos posesorios actuando *iure gestioni*. Constituye una regla, generalmente obedecida por la jurisprudencia venezolana, que la acción interdictal de amparo es procedente contra los actos turbatorios causados a la posesión (legítima) por funcionarios de la Nación, los Estados y las Municipalidades,[21] cuando sean contrarios a la *normal posesión* de un inmueble[22] y no estén apoyados en un dispositivo técnico, o si se hubieren dejado de cumplir los trámites predispuestos en el ordenamiento jurídico para su realización. Ahora bien, los juicios posesorios –pese a su especialidad– cuando se propongan contra la Na-

20. *Cfr.* Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 172.
21. *V.*, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial, de 10 de abril de 1954, en *JTR.*, vol. IV-2, p. 148.
22. Sentencia del Juzgado Superior de la Primera Circunscripción Judicial de 6 de marzo de 1956, en *JTR.* (1956), p. 579.

ción, no están exentos del cumplimiento de las formalidades establecidas en los artículos 30 y siguientes de la Ley de la Procuraduría General de la República de 20 de diciembre de 1965. En tal virtud, ha de observarse el procedimiento administrativo previo y conciliatorio.[23]

La doctrina discute aún la categoría de bienes cuya posesión se protege por conducto de los interdictos. Administrativamente,[24] la opinión dominante, sin reservas al menos perceptibles, excluye los bienes del *dominio público*, por aplicación del artículo 778 del Código Civil, conforme al cual no produce efectos jurídicos la posesión de los bienes cuya propiedad no puede adquirirse. Mas, si se confiere a la norma una orientación diversa, vinculada a la posesión *ad usucapionem*, debe entenderse que su contenido alude a la posesión legítima y no a la tenencia requerida para fundar el interdicto restitutorio.[25]

La jurisprudencia –fragmentaria– de Instancia, admite la protección del derecho público subjetivo del poseedor sobre bienes que encajan en la categoría enunciada y, que le autorizan para promover acciones posesorias contra el Estado o, contra cualquier tercero, que perturbe el ejercicio de los actos posesorios.[26] (Para la jurisprudencia de Casación, *v. infra* N.° 45, E).

B) *Los interdictos y los actos de las autoridades judiciales*

Hasta el fallo de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo) de 2 de junio de 1965,[27] la Casación venezolana se había mostrado constantemente favorable a la admisión de los interdictos contra los actos de las autoridades judiciales. Algunos pronunciamientos de los Tribunales de Instancia opusieron, sin embargo, una no disimulada resistencia a la doctrina hasta entonces adoptada por el Alto Tribunal, anunciando ya –por intermedio de los criterios disidentes– lo que ha llegado a ser una rectificación decisiva de la línea dominante.

23. *Cfr.* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 15 de julio de 1963, en *Gaceta Forense*, N.° 41, segunda etapa, pp. 105 y ss.
24. Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, p. 174.
25. Certad, Leonardo: *Op. cit.*, p. 174.
26. Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 21 de noviembre de 1960, en *JTR.*, vol. VIII, p. 475, N.° 1.
27. En *Gaceta Forense*, N.° 48, segunda etapa, pp. 501 y ss.; reiterada por Sentencia de 1° de febrero de 1966, en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, tomo XIV, p. 452.

El parecer favorable a la admisibilidad de los interdictos dentro del presupuesto descrito, elaborado por la Casación, reconocía como base de sustentación las premisas siguientes:

a) Las acciones posesorias (en especial, de amparo y de restitución) se confieren al *tercero* perturbado o despojado por determinaciones judiciales y ejecuciones de sentencias;[28]

b) Dada la tesis precedente, quien fue o es *parte* en el juicio en que se libraron tales medidas, no puede combatirlas con un interdicto;[29]

c) Las determinaciones judiciales o las medidas (preventivas o de ejecución) han de ser subsumidas dentro del marco de la perturbación y del despojo a la posesión según el caso.

La tendencia moderadora reclamó siempre la producción de un requisito adicional: la arbitrariedad del acto judicial. Pero la dilucidación de la noción de arbitrariedad origina dificultades de serias perspectivas. Para algunos fallos, la arbitrariedad reside en el acto "mediante el cual la autoridad, prevaliéndose de su investidura, usa sus funciones con fines ilegales", o "cuando el ciudadano que ocurrió en solicitud de los servicios de la autoridad lo hizo de mala fe, sin derecho alguno y sólo para buscar apariencias de impunidad en la actuación de aquélla".[30] El vértice empírico en que coloca este punto de vista la noción de arbitrariedad, conduce a su rechazo de plano. Por una parte, el primer postulado es una simple explicación de la mecánica de la lesión por la autoridad. Por el otro lado, la actuación del particular que busca disimular sus fines tras las apariencias de legitimidad de un acto de la autoridad judicial, integra una circunstancia de difícil comprobación.

28. *V.*, Sentencia de la Casación venezolana, de 20 de diciembre de 1946, en *Jurisprudencia...*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, p. 295, N.° 5.
29. Sentencia de la Casación venezolana de 11 de diciembre de 1928, en *Jurisprudencia...*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, p. 309, N.° 4; y sentencia de la Casación venezolana, de 21 de octubre de 1959, en *Gaceta Forense*, N.° 26, segunda etapa, pp. 29 y 30.
30. *V.*, Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, de 27 de febrero de 1952, en *JTR.*, vol. II, p. 387; y Certad, Leonardo: *La protección posesoria*, pp. 158 y 159.

La contrapartida a la tesis positiva recoge un apreciable catálogo de motivaciones forjadas en los fallos disidentes de los tribunales de instancia, cuya síntesis[31] se describe seguidamente:

a) La liquidación de las medidas judiciales, puesta en movimiento por un interdicto, equivaldría a hacer nugatoria su eficacia práctica;

b) El solicitante de las medidas decretadas por el organismo jurisdiccional no puede, cabalmente, ser calificado de *despojador* (o perturbador). Así, los bienes embargados son puestos en posesión de un *depositario*, y no del solicitante, por lo cual cabe una duda razonable sobre su condición si se dirige la acción contra este último;

c) Hallándose legalmente facultado los organismos jurisdiccionales para decretar y practicar medidas preventivas y de ejecución, resulta absurdo ubicar sus actos en el recinto de la arbitrariedad generadora de perturbación o de despojo (argumento típico de la tendencia moderadora);

d) Contra las medidas inoperantes y revocables, los terceros (poseedores) que se pretendan perturbados o despojados en su posesión, disponen, además del juicio ordinario, de dos medios procesales para hacer valer sus derechos: la *oposición incidental* y la *tercería;*

e) Son concebibles dos supuestos de lesión a la posesión, que condicionan soluciones diversificadas: el general (que funda las acciones posesorias) y el proveniente de medidas judiciales que orienta el mecanismo de la oposición al embargo y el de la tercería.[32]

---

31. Para un catálogo de argumentos, *v.*, Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 21 de octubre de 1963. De acuerdo con la Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 30 de septiembre de 1963: "El embargo practicado por una autoridad judicial competente, en ejercicio de sus funciones, y a instancia de parte, no reviste las características de arbitrariedad e ilegitimidad propias de los actos de despojo. En consecuencia, quien pretenda haber sido perjudicado por dicho embargo tiene a su disposición los medios especiales creados para proteger sus intereses, como son la oposición a las medidas preventivas o ejecutivas, y no la vía interdictal" (*JTR.*, vol. XI, pp. 321 y ss.). También: Sentencia del Juzgado Superior Segundo de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, de 28 de febrero de 1966.

32. No parece, sin embargo, sostenible esta duplicidad de la lesión posesoria si se pretende conservar un criterio unívoco de la misma. El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 2 de junio de 1965 (*Gaceta Forense*, N.° 48, segunda etapa, pp. 501 a 506), que abandona la jurisprudencia favorable a la procedencia de los interdictos contra los actos de las autoridades judiciales, establece básicamente:

a) Las determinaciones y medidas de las autoridades jurisdiccionales no constituyen despojo, porque no son actos arbitrarios y, por tanto, ilícitos;

b) Los sujetos afectados por tales medidas disponen de las vías legales preordenadas a la garantía de sus derechos, pero no la vía interdictal posesoria dirigida a obtener la restitución;

c) Si el juez debe ser considerado, necesariamente, autor del despojo, su actuación constituiría el hecho condicionante de una responsabilidad que, en último término, originaría condenación en costas, lo cual es absurdo. Este criterio ha sido reiterado por Casación, incluso en la hipótesis de ocupación judicial en el juicio de quiebra (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 12 de agosto de 1970, en *Gaceta Forense*, N.° 69, segunda etapa, pp. 512 y ss.). No obstante la visible consolidación de esta línea doctrinal, dos votos salvados a la sentencia de la Casación de 11 de febrero de 1969 entienden que la improcedencia de los interdictos contra las medidas judiciales no se proyecta al procedimiento de entrega material de bienes vendidos por tratarse –entre otros argumentos invocados– de un procedimiento no contencioso (*v., Gaceta Forense*, N.° 63, segunda etapa, pp. 352 y ss.). No obstante, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, en fallo de 13 de diciembre de 1979 (reiterado por sent. de 21 de febrero de 1980), marginó de esta doctrina el interdicto restitutorio en el área de la entrega material de bienes vendidos: "la doctrina contenida en la sentencia de 2 de junio de 1965 [...] no es aplicable cuando se trate de entrega material de bienes vendidos, contrariamente a lo que se estableció en el fallo de 11 de febrero de 1969" (Para la argumentación que motivó el cambio de jurisprudencia, *V., Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, de O. Pierre Tapia, N.° 2, febrero de 1980, pp. 105 y ss.).

45. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL INTERDICTO DE AMPARO

El poseedor (legítimo) que, sin ser despojado de la posesión ejercida, sea tan sólo *perturbado en su ejercicio*, puede solicitar judicialmente se ponga fin a los actos de *perturbación consumada*, no a la mera tentativa o temor racional de sufrir la molestia.[33]

En el marco de la noción de *molestia o perturbación*, penetra cualquier hecho que modifique o restrinja el poder de hecho que ostenta el poseedor, o le cause algún otro perjuicio en orden a la actuación de la posesión, sin privarle de ella.

A) *Legitimación activa*

El interdicto de amparo es una acción de tutela de la posesión, concedida al poseedor *legítimo* de un inmueble, de un derecho real o de una universalidad de bienes muebles (art. 782 del Código Civil). Protege, por tanto, la posesión que resuma los caracteres enunciados en el artículo 772 del Código Civil.[34]

El *mediador* posesorio puede figurar en la relación procesal, como legitimado activo *ad causam*, siempre que intente la acción en nombre e interés del poseedor legítimo, a quien le es facultativo intervenir en el juicio (Código Civil, art. 782, segunda parte).[35] Cuando dos o más personas pretendan ser amparadas, el juez fallará a favor de la que apareciere haber probado mejor su derecho posesorio (art. 707 del Código de Procedimiento Civil).

B) *Hecho fundante*

El *hecho* constitutivo de la querella debe ser una *perturbación directa o indirecta a la posesión:* "Un hecho material o civil, pero efectivo y arbitrario que altere, lesione o menoscabe la posesión, porque se ejecuta con la intención deliberada de oponer a la posesión del querellante un derecho contrario que colida con ella y la ponga en discusión".[36] El acto turbatorio debe ser ejecutado sin o contra la voluntad

33. Sentencia de la Casación venezolana de 31 de enero de 1947, en *Jurisprudencia...,* del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo II, p. 51, N.° 3. A través de la *acción de prevención* recogida en el Código Civil portugués de 1966, cuando el poseedor tenga justo recelo de ser perturbado o despojado, puede pedir se intime al autor de la amenaza para que se abstenga de hacerle agravio bajo pena de multa y responsabilidad por el perjuicio que causare (art. 1.276).

34. El derecho comparado revela diferencias de interés en cuanto a la legitimación activa ad causam en el interdicto de amparo. Conforme a los preceptos del Código Civil brasileño, *cualquier poseedor* puede ejercitarlo (art. 499). El coposeedor contra cualquier tercero o contra otro coposeedor (Código Civil brasileño, arts. 488 y 634). La acción de mantenimiento es negada de modo expreso, entre coposeedores, por el Código Civil portugués (art. 1.286, N.° 2).

35. En el Código Civil de 1922 los términos empleados por la norma aludían, respectivamente, al "arrendatario" y al "arrendador", que sólo son especies de "poseedor precario" y del "poseedor" a que se contrae el actual artículo 782.

36. Borjas, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano,* tomo V, p. 257. Sentencia de la Casación venezolana de 31 de enero de 1947, en *Jurisprudencia...,* del doctor Gustavo Manrique Pacanins, tomo II, p. 52, N.° 5. "La perturbación consiste en todo hecho material o jurídico contrario a la posesión o que implique una

del poseedor, por cuanto la actuación realizada con autorización expresa o tácita de él, no involucra el desconocimiento de la posesión. Por este motivo, la demostración que haga el querellado en el sentido de haber procedido con autorización del poseedor legítimo, o de su causante, impedirá que prospere la acción.[37] La doctrina cita como ejemplos de actos de perturbación: el incendio y la recolección de las cosechas del fundo poseído por otro, la concesión de un permiso para penetrar en el fundo poseído por otro, la oferta pública en venta o arrendamiento de bienes ajenos no poseídos por el oferente, la intimación hecha al arrendatario para que no pague el canon al poseedor legítimo o para que lo pague a otra persona.[38]

situación contraria a la del poseedor" (Sentencia del Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial, de 6 de marzo de 1956, en *JTR.,* vol. V, p. 579).

37. Borjas, Arminio: *Comentarios...,* tomo V, p. 257.

38. Borjas, Arminio: *Comentarios...,* tomo V, p. 257. La posesión calificada que condiciona el ejercicio de la acción posesoria de amparo, no puede demostrarse mediante documentos que normalmente prueban el derecho de propiedad. No constituye prueba de posesión legítima el documento de partición de bienes, por ejemplo (arg. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Penal de la Novena Circunscripción Judicial, de 18 de junio de 1954, en *JTR.,* vol. IV-2, p. 161). "El acta de remate acredita derecho de propiedad sobre la cosa subastada y el derecho a poseer, pero no demuestra el hecho de la posesión ejercitada por el querellante para el momento de la perturbación o el despojo" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 8 de agosto de 1967, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 57, p. 270). De conformidad con lo establecido por Casación en Sentencia de 22 de junio de 1959, "si los testigos no pueden declarar sobre menciones abstractas de derecho, en cambio pueden hacerlo sobre la posesión en sí, como que ella se materializa en la tenencia de la cosa que los testigos pueden estar en condiciones de verificar". "De consiguiente, establecida con estos testigos la posesión del querellante, bien pudo la recurrida dar por demostrada la legitimidad de la misma con el otro testigo [...], quien además de declarar sobre la posesión, como lo hicieron aquellos testigos, abundó en detalles sobre hechos materiales de los que resulta la prueba del disfrute y, por ende, de la posesión legítima que se dice perturbada, cuando afirma que le consta que el querellante tenía la posesión del inmueble porque hacía contratos de arrendamiento sobre dicho terreno, así como que le consta también que dicha posesión es legítima porque siempre tuvo la cosa como propia, porque nunca fue molestado por nadie en su disfrute y porque esto lo ha hecho siempre ante la vista de todos sin haberla abandonado nunca" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 21 de octubre de 1969, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 66, p. 301).

Es indiferente que los actos de perturbación sean cumplidos en el fundo del querellante o en el del perturbador, independientemente de que produzcan un daño resarcible.

C) *La ultraanualidad de la posesión*

El legitimado activo debe haber poseído por más de un año ***(posesión ultraanual)***, ya sea personalmente, ya uniendo su posesión a la de su causante (sucesión en la posesión, accesión de posesiones (art. 781 del Código Civil, y *retro*, Capítulo VI, N.° 33). El Código Civil de 1982 estatuye una excepción al requisito de la ***ultraanualidad*** de la posesión (art. 782 *in fine*). En efecto, cuando el poseedor lo haya sido por ***menos de un año*** (posesión ***infraanual***), puede ejercitar la acción contra el no poseedor o contra quien lo fuere por un tiempo inferior (en la legislación extranjera: posesión ultraanual o de ***año y día***, Código Civil brasileño, art. 508; Código Civil argentino, art. 2.477; Código Civil portugués, art. 1.278, N.° 2).

La Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo) ha puesto de relieve lo que, a su juicio, es una flagrante contradicción entre la primera y la última parte del artículo 782 del Código, dada la coexistencia de dos reglas diversas sobre la temporalidad de la posesión. Entiende la Corte que el último párrafo del artículo citado es inconsistente y carece de aplicación, por lo que subsistirá sólo la regla consagrada en el párrafo primero.[39]

D) *Lapso para promover la acción*

La acción posesoria de amparo debe intentarse ***dentro del año de la perturbación***. Constituye éste un término de caducidad (y no de prescripción), a diferencia del Código Civil uruguayo (art. 662), en el que el lapso para ejercitar la acción es de prescripción. Pasado el año, el

39. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 10 de marzo de 1966, en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, tomo XIV, pp. 472 y 473. Reitera doctrina vertida en Sentencia de 4 de noviembre de 1964, *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 46, pp. 475 y 476. En teoría, véase: Egaña, Manuel Simón: "Del interdicto de amparo en los casos de posesión menor de un año", en *Revista de Derecho y Legislación*, dirigida por el doctor Alejandro Pietri, vol. 53, Caracas, 1964, pp. 3 y ss. El Código Civil portugués de 1966 concede las acciones de mantenimiento y restitución al poseedor infraanual contra quien no tenga mejor posesión (art. 1.278, N.° 2). *V.*, también, artículo 507 del Código Civil brasileño y el comentario de Raymundo M. Salvat en su *Tratado de Derecho Civil argentino*, VIII, tomo I, *Derechos Reales*, 3ª edición. Edit. La Ley, Buenos Aires, 1946, p. 273, N.° 454.

juez puede declarar de oficio la improcedencia de la acción,[40] y el amparo no podrá ser solicitado sino en juicio ordinario (Código de Procedimiento Civil, art. 709, salvo la excepción normada en este mismo precepto).[41] No se computa el día en que se verificó la perturbación *(dies a quo)*. La ignorancia por el poseedor de la perturbación verificada no obsta al transcurso del lapso, salvo que se trate de una perturbación clandestina.

Tratándose de varios actos de perturbación, no conectados entre sí, cada uno de ellos condicionaría una acción tutelar de la posesión individualizada. El problema más arduo para la doctrina –especialmente en Italia durante la vigencia del CC. de 1865– reside en la escogencia de un punto cierto para el cómputo del lapso útil cuando los actos turbatorios son múltiples y se hallan indefectiblemente vinculados. Salvando las profundas discrepancias que hacen impracticable la adopción de un criterio definitivo, parece conveniente situar al inicio del lapso de caducidad de la acción posesoria de amparo en el primer acto consumado de molestia.

E) *Bienes protegidos por la acción interdictal de amparo*

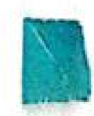
a) Bienes *inmuebles* (por naturaleza, por destinación);

b) Derechos reales *(inmobiliarios)* (servidumbres, usufructo sobre inmuebles, enfiteusis, uso, etc.),[42] y

40. Borjas, Arminio: *Op. cit.*, tomo V, p. 265.

41. Casación venezolana, Sentencia de 21 de febrero de 1956, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 11, pp. 59 a 61: Sobre el querellante no recae una prueba negativa. Basta con demostrar el dato positivo de la fecha en que se verificó la perturbación para establecer el tiempo transcurrido hasta la fecha de la introducción de la querella.

42. Los términos empleados por el legislador pueden inducir a error. Podría suponerse que la locución "derechos reales", sin calificativo adicional, abarca tanto los derechos reales inmobiliarios como los derechos reales mobiliarios. Sin embargo, "la doctrina, puede decirse que de manera unánime, no ve en el interdicto de amparo sino una protección a la *posesión de bienes inmuebles*. Por tanto, cuando se dice que la perturbación debe versar sobre derechos reales, dicho se está con ello que éstos han de ser de condición inmobiliaria" (Sentencia de la Casación venezolana de 27 de julio de 1953, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 1, pp. 432 y 433). "El interdicto de amparo es procedente para mantener una servidumbre de paso" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 27 de marzo de 1973, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, de Oscar Pierre Tapia, N.° 3 (1973), pp. 98 y 99).



c) *Universalidades de bienes muebles.*

No todos los bienes inmuebles caen dentro de la esfera de protección del interdicto de amparo (por ejemplo: los inalienables y los imprescriptibles. *Véase supra,* N.° 44, A).[43] Tampoco todos los derechos reales inmobiliarios, como ocurre con la hipoteca, derecho real accesorio, no poseíble.[44] La tendencia dominante en doctrina, por lo demás, se inclina por la protección, tanto de las *universitas facti* como de las *universitas iuris* de bienes muebles.[45]

F) *Finalidad y legitimación pasiva*

El objetivo perseguido con el interdicto de amparo es la cesación de los actos que perturban la posesión. Con auxilio de esta acción por tanto, persigue el querellante, no que se le ponga en posesión del bien, sino que se le ampare contra una perturbación, desde luego que no ha dejado de tener la posesión.[46]

a) La acción posesoria de amparo normalmente se dirige contra el autor *inmediato* de la perturbación y en *contra del propietario* de la cosa poseída (cuando no ostenta la cualidad de poseedor legítimo).

43. "Es poseíble –no obstante– y susceptible de tutela posesoria, la parte de la zona que no constituye la *playa* propiamente dicha, o sea, la ribera del mar hasta el límite que alcanza la más alta marea, zona ésta sobre la cual se ejerce el dominio público. En ausencia de criterios de medición predeterminados en la ley, el espacio de la costa cubierto por el mar en épocas de crecida es considerado como límite del dominio público de las costas. Tal zona es la franja de terreno situada a lo largo de la orilla del mar comprendida entre el nivel de la más alta y de la más baja marea (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, de 13 de agosto de 1964, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 45, pp. 231 y ss.; reiterada por Sentencia de la misma Sala, de 19 de octubre de 1964, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 46, pp. 26 a 32).

44. *Cfr.* Borjas, Arminio: *Comentarios...,* tomo V, p. 262.

45. Carboni, Michele: *Il possesso ed i diritti reali in generale,* Fratelli Bocca, ed. Turín, 1916, p. 163.

46. *V.,* Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 6 de febrero de 1964, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 43, p. 238. El solo hecho de que el juez haya empleado la expresión "poner en posesión al querellante a que se refiere el interdicto" no cambia la naturaleza de la acción interdictal de amparo ni la convierte en restitutoria (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil Mercantil y del Trabajo, de 2 de octubre de 1973, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,* de Oscar Pierre Tapia, N.° 10 (1973), p. 101).

b) La querella interdictal puede ser propuesta, también, contra el jurídicamente responsable de la actuación cumplida por el autor directo de la molestia. Así, contra el principal (comitente), por la perturbación que haya causado el dependiente o el sirviente; contra el representado, por la molestia procedente de la actuación del representante, etc, y contra las personas contra las cuales no corre la prescripción.[47]

c) En el marco de la jurisprudencia venezolana actual –mas no de modo pacífico–, el interdicto de amparo procede contra los actos de las autoridades administrativas (*supra,* N.° 44).

d) Sin mayores reservas, algunos pronunciamientos han admitido que el *comunero* poseedor pueda promover el interdicto de amparo, para liquidar las molestias causadas por la actuación de un *pretendido comunero* (no poseedor), ya que la equivocidad que, en principio, domina las relaciones entre los términos subjetivos de una comunidad, "por el hecho de la promiscuidad en que viven, disfrutando de la cosa común, no existe frente a un pretendido comunero no poseedor".[48]

e) Doctrinariamente, y en ciertos fallos, se añade al núcleo de los legitimados activos: el *enfiteuta,* en la hipótesis de perturbación causada por el concedente; el *usufructuario,* contra el nudo propietario que perturbe la posesión del derecho real de usufructo.[49] Tienen cabida, además, en el círculo de los legitimados pasivos, quienes se han aprovechado de las consecuencias de los actos de perturbación conociendo las circunstancias.

47. Borjas, Arminio: *Comentarios...,* tomo V, p. 266.

48. Sentencia de la Casación venezolana de 3 de junio de 1959, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 24, pp. 214 y 215. Por la procedencia de las acciones cosesorias entre comuneros, y a favor de la opinión del Dr. Ramiro Antonio Parra (*Acciones posesorias,* p. 187), pero con relación al interdicto restitutorio, ver Sentencia del Juzgado Superior del Estado Guárico de 14 de octubre de 1958, en *JTR.,* vol. VII-2, p. 136, N.° 5.

49. *V.,* Borjas, Arminio: *Comentarios...,* tomo V, p. 266, y Sentencia de la Casación venezolana de 6 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 17, p. 171.

46. EL INTERDICTO RESTITUTORIO (INTERDICTO DE DESPOJO, DE REINTEGRACIÓN)

Si el poseedor ha sido despojado de la posesión de la cosa, puede siempre recuperarla a través del ejercicio de la acción interdictal de restitución, a menos que el legitimado pasivo se excepcione exitosamente demostrando, a su vez, su propio derecho a poseer. A diferencia del interdicto de amparo, el ordenamiento normativo venezolano no reclama un determinado lapso de posesión útil para promover la acción; la posesión puede ser *ultraanual o infraanual*, pero debe necesariamente existir para el momento en que se consumó el despojo *(posesión actual)*.

Los Códigos de 1916 y 1922 requerían la concurrencia de los actos violentos o clandestinos, como condiciones para la procedencia de la acción. Tal supuesto, desaparece en la reforma de 1942, aunque la violencia sigue jugando un papel de importancia en la determinación del lapso para intentar la acción, conforme al artículo 709 del CPC.

El despojo es una perturbación que se pronuncia hasta llegar a privar al poseedor del goce de la cosa.

A) *Finalidad de la acción*

El pronunciamiento dictado en el juicio posesorio, se dirige a la reintegración de la posesión perdida por el querellante y, al resarcimiento de los daños experimentados en los supuestos a que se contraen los artículos 699 y 702 CPC. Ahora bien, el despojo puede versar sobre una parte determinada de la cosa. No es necesario que se realice sobre la totalidad del bien poseído. En consecuencia, el actor no asumiría la carga de la prueba de su posesión sobre la integridad del bien; basta que evidencie esa posesión y los demás requisitos que exige la ley, para la procedencia de la acción interdictal, en el lugar en que se han cometido los hechos constitutivos del despojo.[50]

---

50. "No puede ordenarse la destrucción o demolición de lo edificado por el autor del despojo, como consecuencia de un pronunciamiento por vía interdictal [...] Para pedir el propietario del fundo en que se edificare, la destrucción de la edificación es necesario que el constructor en ese fundo ajeno hubiere procedido de mala fe, al tenor del artículo 557 del Código Civil, lo que hacía necesaria la demanda expresa en tal sentido, alegando y probando la mala fe, y no la simple solicitud de restitución interdictal. De lo contrario, el derecho del propietario es el de hacer suya la obra, pero pagando, a su elección o el valor de los materiales, el precio de la obra de mano y demás gastos

Según G. García Valdecasas,[51] para que haya despojo es preciso una posesión, es decir, "un poder de hecho estable sobre la cosa", lo cual implica la intención manifiesta de sustituir la posesión ejercida por el despojado, por otra de signo duradero –y opuesta–, desplegada por el autor del despojo. Para Barassi[52] existe despojo cuando el poseedor quede limitado en el goce de hecho de las cosas.[53]

B) *Término para promover la acción*

Según el artículo 783, CC., el interdicto restitutorio deberá intentarse dentro del año a contar del despojo (CC. uruguayo, art. 662; CC. argentino, art. 2.493), *véase* también, el artículo 709 del CPC venezolano). El término descrito es de *caducidad*. Los actos de perturbación que preceden a la consumación del despojo, no se toman en cuenta a los efectos del cómputo del lapso.[54] Corre contra los menores y los entredichos y no es susceptible de interrupción.

C) *Legitimación activa*

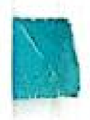
Del texto de la norma citada, se desprende que no se requiere la legitimidad de la posesión ejercida por el querellante.[55]

Pero el actor debe demostrar su *posesión* (cualquiera que ella sea), y que la misma subsistía *para el momento en que fue ejecutado el despojo.*[56] Por ese conducto, es admisible que el despojador disponga de la acción de restitución de la cosa que arrebató a otro, a menos que el despojo que pretenda esgrimir como hecho fundante de la querella, sea

---

inherentes a la obra, o el aumento de valor adquirido por el fundo" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 30 de mayo de 1973, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, de Oscar Pierre Tapia, N.° 5 (1973), pp. 45 y 46).

51. *La posesión*, p. 66.
52. Cit. por José Luis de los Mozos: *Tutela interdictal...*, p. 238.
53. *Véase*, nota N.° 62.
54. Sentencia de la Casación venezolana de 25 de mayo de 1960, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 28, pp. 176 y 177. *V.* también, Sentencia de la Casación venezolana de 5 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 17, p. 129.
55. Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, de 24 de febrero de 1953, en *JTR.*, vol. III, p. 204, N.° 1. De igual modo, v., Sentencia de la Casación venezolana de 18 de diciembre de 1952, en *Jurisprudencia...*, del Dr. Gustavo Manrique Pacanins, tomo I, p. 308, N.° 1.
56. Arg. Sentencia de la Casación venezolana de 11 de diciembre de 1957, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 18, pp. 316 y 317.



el acto legítimo del propietario, que trata de rechazar la violencia con la fuerza (defensa extraprocesal de la posesión).[57]

El pronunciamiento judicial ordenará la reintegración de la posesión por la simple notoriedad del hecho, esto es, por la comprobación de la posesión actual y del despojo consumado. Por el contrario, no siendo poseedor, la acción no está al alcance del *servidor de la posesión.*[58]

D) *Legitimación pasiva*

Sujetos pasivos en la relación procesal pueden serlo: el autor del despojo, el mandante, a quien se equiparan aquel en cuyo interés haya sido cometido el despojo y aquellos que se hubieren aprovechado de él. En algunas legislaciones extranjeras expresamente se confiere la acción contra los herederos y cómplices del despojante (Código Civil argentino, art. 2.490) y contra la persona cuya posesión derive, por cualquier título, de la del despojador (Código Civil uruguayo, art. 668). La acción interdictal restitutoria se admite –sin reservas, y porque no se requiere ya la legitimidad de la posesión– contra el comunero autor del despojo.[59]

Si el despojo ha sido cometido por *varias personas,* quedan éstas solidariamente obligadas a restituir (Tovar Lange)

Conforme al mismo vértice trazado con relación al interdicto de amparo y, con similares objeciones, el interdicto en estudio procede con-

57. Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V, p. 269. Normativamente, entre otros textos, la defensa directa (extraprocesal) de la posesión se halla consagrada en el artículo 1.277, conc. art. 336 del Código Civil portugués de 1966.

58. En un todo ajustada a este razonamiento, v., Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 31 de octubre de 1960, en *Jurisprudencia,* de Ramírez y Garay, tomo II, p. 52, N.° 264: "...Igualmente se le niega esta acción al que tenga una detentación por razones de servicio, también llamada "detentación en interés ajeno". Existe ésta en aquellos casos en los que una relación de dependencia o de trabajo liga al detentador a otro sujeto, como lo es el factor, criado doméstico, empleado. Todos detentan en interés del propietario".

59. Sentencia de la Casación venezolana de 22 de junio de 1959, en *Gaceta Forense,* segunda etapa, N.° 24, pp. 284 y 285, y Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Decimoséptima Circunscripción Judicial, de 14 de abril de 1957, en *JTR.*, vol. VI-1, p. 873.

tra los actos de las autoridades administrativas, no cumplidos dentro de los límites de sus poderes.[60]

E) *Bienes protegidos*

Ni el artículo 783 ni la jurisprudencia discriminan entre categorías de bienes cuya posesión es susceptible de tutela a través del interdicto restitutorio. Por el contrario, afirman, sin margen de dudas, que tanto los muebles como los inmuebles constituyen objetos de este dispositivo. Borjas[61] prolonga el alcance de la norma a los bienes que no están en el comercio, siempre que la acción no apunte contra la Administración Pública que "por acto de *autoridad legítima* restablezca el uso común de dichos bienes y anule los derechos o destruya las obras con que el poseedor pretenda gozar, contra la ley, de cosas no susceptibles del dominio privado". Se insertan, al menos en doctrina, los derechos reales.[62]

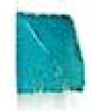
F) *El llamado "interdicto de amparo en función recuperatoria"*

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo), de 16 de julio de 1963, centra su doctrina en la interpretación del artículo 784 del Código Civil. Esta norma "autoriza el ejercicio de cualquier interdicto por el *poseedor legítimo* después de haberse resuelto el de despojo", siempre que en el nuevo interdicto concurran los requisitos legalmente exigidos. Estima la Corte que el nuevo interdicto puede ser el llamado "de amparo con *fines restitutorios",* porque exige, al menos excepcionalmente, la prue-

60. *Cfr.* De Martino, Francesco: *Possesso-Denunzia di nuova opera e di danno temuto*, p. 580.

61. Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V, p. 271. *Véase supra*, N.° 44.

62. *Cfr.* Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V, pp. 272 y 273. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Miranda, de 23 de julio de 1952, en *JTR.*, vol. II, p. 388, N.° 3. Pero en contra, Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 3 de junio de 1959, en *JTR.*, VII-2, p. 150: "Los derechos son susceptibles de perturbación, no de despojo, y por consiguiente el interdicto restitutorio es improcedente respecto de ellos". En la doctrina venezolana, Certad ("Ámbito de protección de la querella restitutoria", en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal,* N.° 133 (1968) considera tutelables mediante el interdicto en estudio los derechos reales, las cosas mismas y "las situaciones de hecho correspondientes al ejercicio de un derecho, como sucede en el arrendamiento, siempre que las mismas impliquen la detentación que es lo que se protege posesoriamente...". No existe para el autor, protección a través del interdicto restitutorio, para los derechos personales y los de crédito (*Rev. cit.*, pp. 62, 63 y 67 en especial).



ba de la posesión legítima del querellante. La acción debe intentarse dentro del año que sigue al hecho generador que privó de la posesión al actor. Pero si el interdicto se plantea entre las mismas partes que intervinieron en el anteriormente resuelto, el hecho que le sirve de base no puede ser el mismo ni tampoco el que sea consecuencia del fallo pronunciado.[63]

47. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS INTERDICTOS DE AMPARO Y DE RESTITUCIÓN

El Código de Procedimiento Civil actualmente en vigencia, instauró un sistema rector de los interdictos de amparo y de restitución (interdictos posesorios), que obliga a abandonar un grupo de interpretaciones alimentadas al abrigo del derogado texto de 1916. Existe una abundante literatura elaborada en torno al concepto de *"título justo y auténtico"*, que servía de base para formular la oposición al decreto dictado en la llamada *fase sumaria* del juicio interdictal.

En el estado actual del sistema organizado por el ordenamiento formal, se mantiene la competencia para conocer de los interdictos señalados al Juez que ejerza la jurisdicción civil ordinaria en primera instancia "en el lugar donde esté situada la cosa", o al Juez, de similar rango, del lugar donde se haya abierto la sucesion si se trata de la posesión hereditaria (Competencia funcional, CPC, arts. 697 y 698).

Los mecanismos descritos en el nuevo Código de Procedimiento soportan el siguiente cuadro esquemático.

A) *Interdicto de amparo*

Demostrada por el querellante la realidad de la perturbación, el Juez decretará el amparo, practicando las acciones y diligencias que aseguren el cumplimiento de la medida; siempre que el Juez encuentre suficiente la prueba o pruebas promovidas por el interesado (CPC, art. 700).

63. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 16 de julio de 1963, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 41, pp. 355 y ss.). Un excelente estudio sobre "El interdicto de amparo y su función recuperatoria", del Dr. Luis Loreto, puede ser consultado en sus *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Vol. XIII, Caracas, 1956, pp. 317 y ss.

B) *Interdicto restitutorio*

El querellante demostrará la ocurrencia del despojo. Si el Juez constata la suficiencia de la prueba o pruebas promovidas, el interesado constituirá suficientes garantías, a determinar por el organismo jurisdiccional, con el objeto de cubrir la entidad de los daños y perjuicios oriundos de la solicitud, si ésta es declarada sin lugar (CPC, art. 699).

Resulta necesario advertir que es, en la oportunidad de dictar la *sentencia definitiva*, cuando el Tribunal formulará pronunciamiento expreso sobre la *extinción* de la garantía, en caso de que la querella fuere declarada con lugar o, en la hipótesis adversa, ordenará la fijación de los daños y perjuicios, mediante experticia complementaria del fallo. Una vez fijados éstos, se ejecutará la garantía "como si se tratara de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada" (CPC, art. 702). El dispositivo técnico incorporado al artículo 695 del Código de Procesamiento Civil, autoriza al Juez para utilizar la fuerza pública –si fuere necesario– para asegurar el cumplimiento de la restitución pretendida por el querellante, pero también lo hace *subsidiariamente* responsable por la insuficiencia de la garantía fijada (CPC, art. 699). La regla consagrada da margen al Juez para decretar el secuestro, pese a la declaración del querellante en el sentido de no estar dispuesto a constituir la garantía, sólo si de las pruebas ofrecidas emana "una presunción grave" favorable a la pretensión.

48. LOS LLAMADOS "INTERDICTOS PROHIBITIVOS"

Las dos acciones que se estudian bajo este rubro, de las cuales puede discutirse si son típicamente posesorias (Doménico Barbero y sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 14 de junio de 1960),[64] se acuerdan al simple poseedor,[65] no a una especie calificada de poseedores como lo exige el interdicto de amparo.

64. *V.*, *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, primer semestre de 1960, p. 381, N.° 143.

65. Casación italiana, Sentencia de 12 de enero de 1942, cit. por Doménico Barbero: *Sistema...*, I, p. 312. Borselli, Edgardo, las califica de acciones *sui generis* tendentes a obtener medidas provisorias (*Nuovo Digesto italiano*, voz "Denuncia di nuova opera e di danno temuto", p. 717).



A) *La denuncia de obra nueva*

El artículo 785 del Código Civil consagra los requisitos básicos y regula el mecanismo fundamental de la denuncia de obra nueva. El Código Civil italiano de 1942 reproduce con algunas mejoras técnicas (art. 1.171) la norma sustancialmente idéntica contenida en el Código de 1865. Estas reformas consisten en la precisión de los sujetos activamente legitimados en la acción y en el empleo de la palabra "cosas" para designar el objeto del derecho tutelado.[66]

a) *La obra nueva*

La novedad adjudicada a la obra, y que da origen a la denuncia, consiste en la modificación del estado de los lugares, practicada por medio de cosas agregadas al suelo propio o ajeno, o por medio de actividades que influyen directamente sobre el bien mismo objeto de protección. Dentro de las primeras figuran las construcciones, y en las segundas, las demoliciones, excavaciones y movimientos de tierra.[67] La obra nueva, así, puede consistir en trabajos de reconstrucción, reforma o demolición emprendidos sobre el suelo y los cuales producen innovación en el estado de las cosas.[68] Como por ejemplo, da lugar a la denuncia, la construcción de obras que impiden el curso de las aguas o lo obstaculizan, en perjuicio de alguien.[69]

Por otra parte, "no es suficiente para la calificación de obra nueva la mera acción de una persona que emprenda, sin autorización del poseedor del inmueble, una o varias construcciones. Es menester, además, la existencia de un *cambio, modificación o innovación* en el estado anterior de la cosa, con perjuicio para el denunciante. En cuanto al perjuicio que se teme, no basta que se alegue escuetamente la circunstancia; se requiere, también, la presencia de una situación de hecho que pueda ser soberanamente apreciada por el juez, a fin de dictaminar acerca del temor racional de que la obra nueva cause perjuicios al denunciante".[70]

66. De Martino, Francesco: *Possesso-Denunzia di nuova opera e di danno temuto*, p. 592.
67. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 592.
68. Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V, p. 303.
69. Sentencia de la Casación venezolana de 21 de diciembre de 1883.
70. Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial, Sentencia de 8 de marzo de 1954, en *Gaceta de los Tribunales*, N.° 16, 30 de septiembre de 1958, p. 249.

b) *El temor racional a un daño*

El daño que se teme ha de causar la obra, debe ser *futuro*. Si el daño se ha verificado, subsisten las otras acciones posesorias y petitorias, mas no la denuncia de obra nueva, a pesar de que la obra no esté concluida. Si el daño sólo se ha verificado *parcialmente*, puede promoverse la querella para prevenir que el perjuicio se verifique por entero.[71] La norma no reclama que el daño sea *cierto*, sino que sea *posible*, haciendo nacer como tal un temor racional. Por esta razón, la gravedad y el peligro del daño deben ser examinados en cada caso concreto por el juez de mérito, escapando su apreciación de la censura de Casación. Pero el denunciante debe comprobar la necesaria conexión de causa a efecto entre la obra y los daños que se temen.[72]

El daño debe amenazar cosas que forman parte del derecho del denunciante o de su posesión, pero no debe ser entendido literalmente, sino de manera genérica, como perjuicio al ejercicio "de la actividad sobre la cosa conectada al derecho del titular".[73]

c) *Bienes protegidos*

En forma amplia, el artículo 785 organiza la protección de los inmuebles, derechos reales y otros objetos poseídos por el denunciante.[74] Con escasas vacilaciones, la doctrina tradicional rehusó extender el significado de "otro objeto poseído", utilizado en el citado dispositivo, a los bienes muebles singularmente considerados, especialmente sobre la base de que es inconcebible la amenaza de una obra fija a un bien fácilmente desplazable.[75] Pero aceptó la inclusión de los *inmuebles por destinación* cuando eran colocados en un terreno o edificio para que permanecieran allí constantemente.[76] En la actualidad, ese punto de vista no puede aceptarse sin reservas: la expresión abarca tanto los

71. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 594. Borselli, Edgardo: en *Nuovo Digesto...*, *loc. cit.*, p. 179.
72. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 594.
73. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 594.
74. En la denuncia de obra nueva (como en la de daño temido) se admite todo género de pruebas (documentos, inspecciones, experticia) (Sentencia de la Casación venezolana de 7 de diciembre de 1954, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 6, pp. 224 y ss).
75. Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V., p. 306.
76. *Ibid.*, p. 306.

bienes inmuebles como los muebles, al menos si ostentan carácter de fijeza en el espacio.[77]

d) *Legitimación activa y pasiva*

La denuncia corresponde al propietario, al titular de un derecho real (poseíble) de goce, al poseedor. Se excluyen los titulares de derechos reales de garantía (acreedor hipotecario, acreedor anticrético). Alguna parcialidad niega la acción al arrendatario y, globalmente, a los poseedores en nombre ajeno,[78] lo que no resulta aceptable dada la amplitud del tipo legal inserto en el artículo 785 del Código Civil.[79] El comunero dispone de la acción contra los demás comuneros y contra los terceros.

En caso de inmuebles vendidos, pero no entregados materialmente, la denuncia puede ser propuesta tanto por el comprador, que ha llegado a ser propietario, como por el vendedor, que tiene el deber de custodiar y la obligación de entregar.[80]

Pasivamente legitimado es el autor de la obra, cualquiera que sea el título con que pretenda realizarla (propietario, poseedor).[81]

e) *Cómputo del plazo*

Para que proceda la denuncia, la obra no debe estar concluida y no debe haber transcurrido un año desde su iniciación. Si la obra está concluida, el interdicto carece de objeto, puesto que la finalidad primordial de la acción consiste en lograr una providencia que prohíba su prosecución (arg. arts. 713 y 714 de CPC, conc., art. 785, CC.), o lograr las garantías que cubran los eventuales daños y perjuicios que la continuación de la obra provoque en el patrimonio del querellante.[82]

77. *Cfr.* Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, de 23 de mayo de 1952. (*JTR*, vol. II, -p. 383, N.° 2), y la doctrina italiana fundada en el Código Civil de 1865 (*v.*, Pacifici-Mazzoni: *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. III, Florencia, 1905, p. 158; y Ricci, Francesco: *Corso teórico-prático di Diritto Civile*, vol. V, Turín, 1929, N.° 118, pp. 201 y 202).
78. Así, por ejemplo, Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V, pp. 306 y 307.
79. *Cfr.* Borselli, Edgardo: *Op. cit.*, p. 721, y Sentencia de la Casación venezolana de 21 de octubre de 1953, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 2, p. 326.
80. Borselli, Edgardo: *Op. cit.*, p. 722.
81. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 595.
82. "Si el perjuicio que se teme y se trata de evitar mediante el ejercicio de una acción interdictal de obra nueva se ha consumado, el interdicto en cuestión sería improcedente.

La obra se considera iniciada cuando se ha procedido a su ejecución, aun cuando no se la haya continuado por un lapso más o menos largo; pero no cuando los hechos únicamente hacen presumir la intención de emprenderla (acumulación de materiales de construcción, demarcación del terreno, por ejemplo).[83]

Una vez terminada la obra, el interdicto resultará inoperante. Pero para ello no es necesario que se haya dado remate a la obra. Basta que esté terminada en la parte que cause el daño que se teme.[84] El plazo de un año transcurre, también, aun cuando el titular del derecho no tenga noticias del inicio de los trabajos. La misma resultante no se configura cuando la obra fuere clandestinamente emprendida. En esta hipótesis, el año comenzaría a contarse desde su descubrimiento.[85]

Aunque los trabajos de construcción de la obra sean suspendidos por un lapso más o menos largo, el término correrá, de igual modo, desde el inicio de aquélla, porque la suspensión de la obra no se identifica con el reconocimiento del derecho a su prohibición, atribuido al denunciante.[86]

f) *Competencia y especies de providencias*

La competencia para conocer de la denuncia de obra nueva y del interdicto de daño temido, es asignada al Juez del Distrito o Departamento "del lugar donde esté situada la cosa" objeto de protección, salvo "que hubiere en la localidad un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, en cuyo caso corresponderá a éste el conocimiento del asunto" (CPC, art. 712).

Al perjudicado le quedaría tan sólo una acción reivindicatoria en cuanto a la violación de su derecho de propiedad, o una acción interdictal de amparo o de despojo según el caso" (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Trabajo del Estado Barinas, de 11 de mayo de 1959) y Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda (con sede en Maiquetía), de 16 de octubre de 1959; en *JTR.*, VII-2, p. 167, N.° 3.

83. Borjas, Arminio: *Comentarios...*, tomo V, p. 304. La Casación italiana ha decidido que el término de un año para proponer la denuncia transcurre desde el momento en que la obra iniciada sea visible (en el caso, una excavación) en forma tal que el denunciante pueda valorar el daño que le amenaza (Borselli, Edgardo: *Op. cit.*, p. 595).
84. Borjas, Arminio: *Comentarios*, tomo V, p. 304.
85. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 595.
86. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 596.



El Juez, previo examen de los elementos fundantes de la denuncia, se trasladará al lugar indicado en la querella y "asistido por un profesional experto, resolverá *sin audiencia de la otra parte*" sobre la prohibición de proseguir la obra, o permitirla (CPC, art. 713). Si el querellado contraviene la prohibición, las obras realizadas en contravención serán destruidas "por cuenta del dueño y los respectivos gastos serán abonados por éste" (CPC, art. 714).

B) *La denuncia de daño temido (interdicto "de obra vieja")*

a) *Naturaleza del daño*

La condición esencial para la procedencia de la denuncia de daño temido (CC., art. 786), es el temor racional de que un edificio, un árbol o cualquier otro objeto amenace con daño próximo el objeto del propio goce.

El vocablo "edificio" debe interpretarse en sentido amplio, entendiéndose, por ello, cualquier construcción como un muro, una columna, un pilar...

El peligro de daño puede derivar de múltiples causas, naturales o indirectamente ligadas a la conducta del hombre, como sería la ruina por falta de obras de conservación.[87]

A diferencia de la denuncia de obra nueva, esta acción se funda en el perjuicio que se espera surja de una obra ya existente. El daño debe ser *grave y próximo* a la vez . No se requiere que sea actual y efectivo, pero ha de tratarse no de un peligro genérico de daño futuro, sino de un peligro cierto, inminente o, al menos, cercano.[88] No descarta la denuncia el hecho de que, para el momento de interponerla, se hubiera producido ya algún daño.[89] Atendiendo a las circunstancias, el Juez resolverá en torno a las providencias requeridas para evitar el peligro,

87. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 598.
88. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 598.
89. "La circunstancia de haberse producido para la fecha de la introducción de la querella algunos de los daños temidos, no excluye la procedencia de la referida acción interdictal, y, por el contrario, ello podría servir de base al motivo racional que haya tenido el actor para temer en un futuro próximo la reproducción de daños de igual naturaleza" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 4 de febrero de 1964, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 43, pp. 223 y ss.).

o intimará al querellado a constituir "garantía suficiente" para resarcir los daños posibles "de acuerdo con lo pedido por el querellante" (CPC, art. 717, conc. art. 713).

b) *Legitimación activa y pasiva*

El área de los legitimados activos en la denuncia de daño temido se expande considerablemente en el artículo 786 del Código Civil. Dentro de la genérica expresión legalmente manejada caben el propietario, el poseedor y los titulares de derechos reales de goce. Se excluyen los acreedores hipotecarios y anticréticos.[90]

En lo que atañe al *condominio*, la doctrina suele distinguir entre el peligro de daño proveniente de la omisa ejecución de las obras de conservación de la cosa común, en cuyo caso no puede ser acordada la acción a quien resulte responsable del hecho; y el peligro determinado por la actividad de los otros comuneros, hipótesis en la cual procedería la acción.[91]

En cuanto al lapso para intentar la acción, la denuncia de daño temido *no está sometida a plazo alguno*, desde luego que resulta en extremo difícil localizar un punto cierto de partida, que autorice a predicar el momento en que una cosa ha comenzado a deteriorarse o a envejecer.

90. El Código Civil italiano menciona al propietario, al poseedor y a los titulares de derechos reales de goce.
91. De Martino, Francesco: *Op. cit.*, p. 598.

BIBLIOGRAFÍA

Borjas, Arminio: *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano.* Tomo V. Editorial Biblioamericana, Buenos Aires, 1947.

Borselli, Edgardo: "Denuncia di nuova opera e di danno temuto". En *Nuovo Digesto Italiano,* vol. IV, pp. 717 y ss.

Carboni, Michele: *Il possesso ed i diritti reali in generale.* Fratelli Bocca, ed., Turín, 1916.

Certad, Leonardo: *La protección posesoria.* Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

Couture, Eduardo J.: *Fundamentos de Derecho Procesal Civil.* 2ª edición. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.

De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.

De Martino, Francesco: "Possesso-Denunzia di nuova opera e di danno temuto". En *Comentario del Codice Civile italiano,* dirigido por Scialoja y Branca. Lib. III, Della propietá. Società editrice del "Foro Italiano", Roma, 1954.

Duque Sánchez, José Román: *Jurisprudencia de la Corte de Casación.* Colección "Iustitia et Ius", N.º 6. Publicación de la Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Mérida, 1961.

Egaña, Manuel Simón: "Del interdicto de amparo en los casos de posesión menor de un año". En *Revista de Derecho y Legislación,* dirigida por el doctor Alejandro Pietri, vol. 53, Caracas, 1964.

Gaceta de Tribunales, dirigida por el doctor Florencio Robles, Caracas.

García Valdecasas, Guillermo: *La posesión.* Universidad de Granada, Granada, 1953.

Hernández Bernal, Carlos: *Casación venezolana.* Dos volúmenes (1947-1957; 1957-1960). Editorial El Gráfico, Bogotá.

Jiménez Salas, Simón: *Los interdictos en la legislación venezolana.* Ediciones Magón, Caracas, 1976.

Jurisprudencia de los Tribunales de la República. Recopilación del Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia (publicada a partir del año 1951).

Lazo, Oscar: *Código Civil de la República de Venezuela.* Editorial Legis, Caracas, 1962.

Loreto, Luis: *Estudios de Derecho Procesal Civil.* Vol. XIII, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1956.

Manrique Pacanins, Gustavo: *Jurisprudencia y Crítica de la doctrina de la Casación venezolana.* Dos volúmenes (1924-1950). Tipografía Americana, Caracas. 1953. (Comprende una síntesis seleccionada de las decisiones de la Casación venezolana entre los años 1924 y 1950).

Márquez Áñez, Leopoldo: *El nuevo Código de Procedimiento Civil.* Fondo de Publicaciones, UCAB - Fundación Polar, Caracas, 1987.

Pierre Tapia, Oscar: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* (febrero de 1973, Nº. 2).

Pereira Anabalón, Hugo: *La cosa juzgada en el procedimiento civil chileno.* Editorial Jurídica de Chile, 1954.

Ramírez y Garay: *Jurisprudencia* (se publica a partir de 1960).

Tovar Lange, Silvestre. Tesis de procedimiento civil. (edición mimeografiada). Librería Pensamiento Vivo, Caracas, 1956.

Urbaneja Achelpohl, Alejandro: "Interdicto de amparo y arrendamiento". En *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela,* N.º 3 (primera etapa), octubre de 1950.

Capítulo VIII
El derecho de propiedad

49. NOCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El objeto de este Capítulo lo compone el estudio de la institución que ocupa posición nuclear dentro de los derechos reales, desde el punto de vista de la teoría tradicional. En torno a la construcción de la propiedad se desplaza, en efecto, la noción genérica de los derechos reales, con lo que resulta el centro de irradiación de todas las categorías reunidas bajo este concepto.[1]

La propiedad, para todas las direcciones de la teoría clásica, es un derecho real pleno de goce y disposición (Barassi y Chironi), un derecho real definitivo (doctrina alemana), o un derecho real principal. Como se observa, por tanto, un común denominador subyace en todos los predicamentos anteriores: la naturaleza de *derecho real* del instituto.[2] Pero existe una idea adicional: la propiedad constituye, para la mis-

1. *Cfr.* De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil*, VI, p. 225.
2. Sin embargo, en la construcción elaborada por Ginossar la propiedad es un derecho absoluto de contenido patrimonial, *pero no un derecho real* situado en el mismo peldaño

ma tendencia, la más amplia de las relaciones de poder o sujeción que el hombre puede establecer con las cosas del mundo exterior.

A) *Terminología*

De ordinario se vale la doctrina de dos vocablos –propiedad y dominio– en forma sinónima.

Los esfuerzos emprendidos para deslindar tales términos conducen a alguna parcialidad a dotar al término "dominio" de un significado más vasto y comprensivo. Así, "propiedad" abarcaría toda relación del hombre con la naturaleza que involucre un poder sobre ella. Por el contrario, "dominio" es una voz aplicable al poder pleno e ilimitado sobre *una cosa* del mundo exterior.

Otras corrientes –probablemente con criterio más realista– se pronuncian por la vertiente contraria, donde resulta más reducido el término "dominio". *Propiedad* implica toda relación de *pertenencia o titularidad* y, así, resulta posible hablar de propiedad intelectual, de propiedad industrial; en cambio, *dominio* hace referencia a la titularidad sobre un objeto corporal.[3] Por otra parte, cuando se habla de "propiedad" y no de "derecho de propiedad" se alude a una relación *meramente económica* que se ofrece como el material social que va a ser regulado jurídicamente. Con la palabra "dominio" se hace mención a la *relación constituida.*

Restan aún las parcelas teóricas para las cuales el "dominio" está revestido de sentido *subjetivo,* al ser un índice de la potestad que el sujeto despliega sobre la cosa, en tanto que "propiedad" alcanza dimensión

del usufructo, el uso, la habitación y los derechos reales de garantía, porque su contrapartida no es una obligación real (*retro,* Capítulo V, N.° 28). "La propiedad no es otra cosa que la relación por la cual una cosa pertenece a una persona". Tal idea de pertenencia es común a todos los derechos subjetivos, incluso a los derechos de crédito. De igual modo, la obligación pasiva universal se constata en todos los derechos patrimoniales indistintamente y no tiene otra misión que garantizarlos *erga omnes.* De este modo, la propiedad vendría a reducirse al vínculo que sujeta todos los derechos al patrimonio (*Droit réel, proprieté el créance,* pp. 33 y ss.). Por tanto, referirse a los "derechos reales sobre la cosa propia" y señalar, lateralmente, que el derecho de propiedad constituye la única categoría colocada en este rango, resultaría un contrasentido; desde luego que los *derechos reales* con fisonomía propia quedan reducidos a aquellos cuya contrapartida es una obligación *propter rem* en cuyo seno no cabe el derecho de propiedad.

3. *V.,* Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil,* III, pp. 105 y ss.

meramente *objetiva,* al acentuar la relación de pertenencia de la cosa a la persona.

Las tentativas organizadas para consumar la escisión entre los vocablos se desvanecen no obstante, en la doctrina actual,[4] lo que despoja de mayor valor cualquier intento adicional de separación.

B) *Concepto*

La definición justinianea *(plena in re potestas)* del derecho de propiedad comienza a delimitarse en la construcción de los *postglosadores* (Bartolo, Baldo): *Dominium est ius utendi fruendi, atque abutendi re suo quetenus iuris ratio patitur,* acuñación que históricamente resultó –también– incompleta. Los autores añadieron otras facultades a las señaladas por los postglosadores. Aun así, presidió siempre un *criterio cuantitativo.*

Durante el período de la codificación, los juristas insistieron en la necesidad y conveniencia de incluir la definición del derecho de propiedad en los textos positivos, adoptando los conceptos de típico corte cuantitativo elaborados por los romanistas. Así, conforme al artículo 544 del Código Civil francés, la propiedad es el "derecho de usar, gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos", definición que pervive, con mayores o menores variantes, en los Códigos ajustados al modelo francés (CC. italiano de 1865, art. 436; y en el CC. italiano de 1942, art. 832).

A fines del siglo XIX, el movimiento iniciado por los pandectistas hizo énfasis en la imprecisión del concepto cuantitativo y dio impulso a las definiciones *cualitativas,* a las cuales se suma, actualmente, el mayor volumen de la doctrina. A esta parcela pertenecen los armazones conceptuales siguientes:

Scialoja: Es la "relación de derecho privado por la cual la cosa, como pertenencia de una persona, está *sujeta a la voluntad de ésta* en todo aquello que no esté prohibido por el *derecho público* o por la *concurrencia de otro derecho*".[5] Filomusi: "Propiedad es el *señorío general e independiente* de la persona sobre la cosa para los fines reconocidos

4. En el Código Civil chileno se identifican propiedad y dominio (art. 582).
5. Ferranti, Ferrante: *Il libro della proprietà con le disposizione d'atuazione e transitorie,* Milán, 1951, p. 110, nota 8.

por el derecho y dentro de los límites por él establecidos". Dusi: "Propiedad es el señorío *unitario, independiente* y, cuando menos, *universal* sobre una cosa corporal". Demófilo de Buen y Puig Peña: "La propiedad es una *relación jurídica* por cuya virtud una cosa se encuentra sometida de *modo exclusivo y completo* a la acción de nuestra voluntad, sin más limitaciones que las que las leyes establecen o autorizan".

C) *Derecho Positivo*

Los Códigos siguen dos tendencias fácilmente perceptibles: o bien definen el derecho de propiedad (CC. francés, art. 544; CC. portugués, art. 2.167; CC. austriaco, art. 354; CC. de Etiopía de 1960, art. 1.204; CC. venezolano, art. 545), o, por el contrario, se limitan a describirlo (BGB., par. 903; brasileño, art. 524).[6]

El Código Civil venezolano, pese a que prosigue la tradición inaugurada por el Código Civil francés, introduce una modificación sustancial: el reconocimiento de la *exclusividad* en el dominio, que compete al titular, y la eliminación de la absolutividad del derecho, con miras a la *función social* y a las restricciones edificadas por la leyque ha de cumplir.

La definición inserta en el dicho Código, tiene un carácter eminentemente descriptivo y, en cierto modo, ejemplificativo de los poderes normales otorgados al titular del derecho de propiedad (usar, gozar y disponer de una cosa). Sin embargo, el contenido del derecho de propiedad no se agota en estos poderes, ya que existen otros (entre los cuales, el de que nadie puede ser privado del dominio ni obligado a permitir que otros hagan uso de la cosa, sino por causa de utilidad pública o social, mediante juicio contradictorio e indemnización previa, (art. 547), que difícilmente encajan en la facultad de goce y de disposición conferida por el artículo 545. "El contenido del derecho de propiedad reside, en cambio, en la plenitud de los poderes a que alude el artículo 832 (CC. italiano de 1942; CC. venezolano, art. 545); y al mismo tiempo en la *indeterminación* de ellos, en cuanto poderes concretos, y en su *amplitud* en cuanto potestad *genérica*, de manera que (cuando no obste un límite *expreso) todo* –dentro de los límites de lo lícito– debe considerarse permitido al propietario".[7] La definición adscrita a la mayoría de los Códigos que siguen la línea del texto francés, ha creado así una determinación cuando menos contradictoria de lo que constituiría una noción de la propiedad en su sentido pleno, combinando conceptos que se contraponen: de un lado, la ilimitación del goce y la disposición; del otro, la limitación impuesta por la ley. Por este conducto se obtiene un producto híbrido, incómodamente adaptado a las exigencias de múltiples factores.[8]

6. *V.*, de Serpa Lopes, Miguel María: *Curso...*, VI, p. 230.
7. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 257.

La Constitución Nacional de 1999 (Capítulo VII. De los derechos económicos), textualmente preceptúa:

> Art. 115: "Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes".

El vocablo "*disfrute*", al parecer, despunta como una interpolación innecesaria si se acepta que el término se halla virtualmente inmerso en el *uso y goce* del derecho reconocido al titular. Por añadidura, se constata que las reglas técnicas adoptadas en los textos positivos de otros países, tienden a simplificar los atributos del dominio, sin que ello vulnere la descripción de los poderes que el propietario ostenta.

La Constitución vigente veda la formación de monopolios, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros ilícitos conexos (art. 114). Sólo por sentencia definitiva podrán ser objeto de *confiscación* los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, "responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hallan enriquecidos ilícitamente al amparo del Poder Público" y los pertenecientes a personas vinculadas al "tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes" (art. 116). El estado se reserva la explotación petrolera "y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico" (art. 302) y declara bienes del dominio público *todas las aguas* "insustituibles para la vida y el desarrollo" (art. 304).

8. *Cfr.*, sobre la anomalía señalada y el desajuste de las definiciones legislativas y doctrinales, Fairen Martínez, Manuel: "La propiedad, teoría de errores", en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1963, pp. 126 y ss.

50. CARACTERES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A) El derecho de propiedad es un derecho exclusivo (o excluyente)

Afirmar que el derecho de propiedad es exclusivo equivale a sostener que el propietario se *beneficia solo* de la totalidad de prerrogativas que irradian del mismo, sin requerir, por tanto, la colaboración de otro sujeto. Pero, también, que el titular puede impedir que los terceros concurran en el uso y goce de la cosa, tomando las medidas pertinentes a este respecto. Sobre este plano, el propietario está facultado para impedir que se coloque cualquier cosa sobre el inmueble que le pertenece, que se penetre en él, se lo atraviese o que se lo cerque (CC., arts. 550 y 551).

La exclusividad no obsta, sin embargo, a que dos o más personas tengan sobre un bien *derechos diferentes* –y con contenidos, por consiguiente, también distintos– (propiedad y usufructo, por ejemplo, sobre el mismo fundo); o derechos de la misma naturaleza *pero concurrentes* (copropiedad, por ejemplo), lo cual implica una recíproca limitación en la intensidad del goce.[9]

El carácter exclusivo del derecho es inconfundible con la absolutividad.

B) El derecho de propiedad es un derecho absoluto (principio de ilimitación)

En este sentido, la propiedad es un *derecho completo.*[10] El titular puede, en principio, desplegar los poderes más amplios sobre el bien: el dominio otorga un poder ilimitado, soberano, sobre la cosa.[11] Pero, a diferencia del derecho romano, que reconoció la propiedad como un derecho irrestricto del sujeto (potestad soberana, autónoma e ilimitada), los sistemas normativos actuales restringen la esfera de actuación del sujeto activo, tanto por la asimilación del papel que en función social se le asigna (*supra:* Constitución Nacional y Código Civil) como

9. El tema de la indivisión es tratado por Henri, Leon y Jean Mazeaud con ocasión de la nota de *individualidad* que se asigna a la propiedad (*Lecciones de Derecho Civil,* II-4, Nos. 1.307 y ss.).
10. Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile,* p. 401.
11. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral,* II, p. 104.

por las sanciones enlazadas al ejercicio abusivo de los poderes que supone (actos de emulación en el CC. italiano de 1942, art. 833).[12]

Y es precisamente la *función social* –marco que otorga matiz característico al despliegue de poderes reconocidos al propietario– un molde que alimenta la noción *abuso del derecho,* que veda la realización de actos cuya sola finalidad sea causar daños a otros sujetos. El sistema normativo venezolano describe en el catálogo de los hechos ilícitos, el abuso del derecho (art. 1185, segunda parte, del Código Civil). Con auxilio de este argumento se estima que la conducta dirigida a la producción de daños ajenos al *interés serio y legítimo del titular* condiciona el supuesto de una sanción resarcitoria. Tal forma de proceder traspasa los límites de la buena fe o del objeto en vista del cual es conferido el derecho. El deber de resarcir no desaparecería, por la simple circunstancia de existir, una autorización de la entidad administrativa que avale determinado proceder, si éste genera un daño. El abuso del derecho se inscribe de este modo en un compartimiento con rasgos propios, ajenos en cierta medida de las restricciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

En el estado actual del ordenamiento normativo venezolano –y no existen excepciones sino de grados en otros sistemas–, la propiedad soporta numerosas *limitaciones,* tanto de los dispositivos técnicos insertos en la esfera del derecho privado (relaciones de vecindad, limitaciones legales, en general) como en el derecho público, en especial en el sector del derecho administrativo.

En el compartimiento de las *restricciones* del poder del propietario (CC., art. 545) inciden tanto los "vínculos que implican el circunscrito ejercicio del poder, como las verdaderas y propias prohibiciones".[13] El vínculo afecta el poder de disposición y, en determinados su-

12. *V.,* Borrel y Soler, Antonio María: *Derecho Civil español,* II, pp. 71 y 72; Ripert-Boulanger: *Droit Civil,* II, p. 787, N.º 2.247. En el derecho civil venezolano los actos de emulación tendrían cabida en la segunda parte del artículo 1.185 del Código Civil (abuso del derecho).
13. Messineo, Francesco: *Manual...,* III, p. 261. El artículo 25 de la Ley de Turismo venezolana, de 21 de junio de 1973 somete al control de la Corporación Venezolana de Turismo las regiones, lugares, sitios y terrenos situados a la orilla del mar, ríos, lagos y lagunas, previamente declarados de *interés turístico,* en una extensión hasta de quinientos metros medidos desde la más baja marea en el mar, y desde la orilla de los lagos, lagunas y ríos. Este control se refiere a la inspección, mantenimiento, ordenamiento

puestos, el poder de goce (así, por ejemplo, las *limitaciones impuestas* en interés público). Las *prohibiciones* incumben a determinadas prerrogativas que normalmente corresponderían al titular de no existir aquéllas.

En el sector de las limitaciones,[14] la variedad de figuras admite el siguiente esquema: a) Limitaciones concernientes a la *extensión* (en sentido horizontal y en sentido vertical). De este modo, el propietario no puede impedir que otra persona penetre en su fundo a los fines previstos en el artículo 799 del Código Civil –con la obligación, a cargo del invasor, allí normada–; tampoco puede impedir, por medio de obras efectuadas en su predio, que las aguas que naturalmente y sin obra del hombre caen de los fundos superiores, se viertan sobre el mismo (Código Civil, art. 647); ni obstaculizar la libre navegación por los ríos navegables (arg. art. 645 del Código Civil); ni efectuar determinadas construcciones o sobrepasar cierta altura en las inmediaciones de los aeropuertos (Reglamento de Aeródromos de 19 de febrero de 1964, art. 66 y siguientes); b) Limitaciones concernientes a la *intensidad* del derecho de propiedad, que tornan compatible o armonizable el poder del titular con el de otros propietarios, y que se asocian tanto a las *relaciones de vecindad* como a las restricciones impuestas en *interés público*. Las primeras se agrupan generalmente así: I) Aguas privadas; II) Distancias entre construcciones; III) Luces y vistas de la propiedad del vecino; IV) Desagüe de los techos. Por lo que atañe a las limitaciones en interés público, se suele conectar a este rubro: la facultad de expropiar conferida a los organismos administrativos y el poder de requisar bienes en los casos de emergencia o de necesidad pública...

Este cuadro de restricciones impuestas al dominio, ha autorizado un visible cambio en el tratamiento que la doctrina clásica impartió al derecho en cuestión. Por esta vía, si la propiedad suministró a los individuos en la sociedad primitiva un "orden de bienes" vinculado en cierta forma a un "orden de poder", en la época actual la protección

---

y conservación del paisaje. Para edificar, desarrollar obras de cualquier tipo y prestar servicios en tales áreas se requiere la autorización previa de la Corporación, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes en cuanto al uso, propiedad y posesión de playas y riberas. Los contraventores –y en la hipótesis específica de construcciones emprendidas sin previo permiso– serán sancionados con multa de dos mil a diez mil bolívares y no podrán continuar la construcción sin el permiso correspondiente.

14. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, pp. 264 y ss.; y Candián, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado*, pp. 358 a 362.

de la propiedad, que antes se circunscribía a la esfera del titular singular, se proyecta hacia la comunidad en general y a la función que está llamada a cumplir dentro del marco económico y político en un momento determinado. Este aserto conduce, necesariamente, no a la aniquilación definitiva de la noción, sino a una redefinición del instituto, que deberá partir de los recortes experimentados en su contenido por obra de las restricciones a que antes se alude.[15]

C) *La propiedad es un derecho perpetuo*

Con esta nota se quiere significar que la propiedad no porta en sí misma una causa de extinción o de aniquilación (razón de caducidad).[16] Subsiste en tanto perdure la cosa sobre la que recae.

El dominio, en esta dirección, subsiste independientemente del ejercicio de las facultades reconocidas al titular. El propietario no deja de serlo *aunque no ejecute ningún acto como tal*, y aunque un tercero despliegue sobre el objeto una conducta que rivalice con los poderes del propietario, a no ser que este último permanezca inerte durante el tiempo requerido, para que la posesión legítima cumplida por el tercero, conduzca a la usucapión. Por otro lado, el derecho de propiedad no se extingue con la desaparición del titular: se transfiere por *sucesión*.

Por ello, cualquier referencia a *propiedades temporales* parece colidir con la nota descrita. La "propiedad temporal", en efecto, supone un derecho ausente del carácter de perpetuidad.[17]

El término *propiedad temporal* adopta el significado de propiedad de duración limitada[18] o de propiedad con término prefijado para un cierto titular,[19] aun cuando conserve los otros matices típicos (exclusidad y absolutividad).[20] El titular podrá gozar y disponer de la cosa mientras subsista su derecho, pero llegado el término, tanto él como sus causahabientes están obligados a soportar los efectos que la desaparición del derecho produzca.

---

15. *Cfr.* Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación.* Trad. de Florentino M. Torner. Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pp. 81 y ss., en especial, pp. 104 y 105.
16. Ripert, Boulangert: *Droit Civil*, II, p. 790.
17. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 720.
18. De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, tomo V., p. 1.103.
19. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 720.
20. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 260.

Los casos de propiedades temporales son limitados. En el derecho comparado suelen citarse: el derecho temporal de *superficie* (Código Civil italiano de 1942, art. 953; Bélgica: Ley de 10 de enero de 1824, art. 4), el *legado a término final* (Código Civil italiano, art. 637), el *derecho de autor* (Venezuela: Ley sobre el Derecho de Autor, art. 25: el derecho de autor dura toda la vida de éste y se extingue a los sesenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente al de su muerte).[21] Este último ejemplo, sin embargo, colide con la postura adversa a la expresión *propiedad intelectual* (*infra*, N.° 53).

En este mismo peldaño parece igualmente contradictoria la expresión *propiedad resoluble*, para designar la titularidad destinada a cesar por una causa sobrevenida, si bien anticipadamente prevista.[22] El título de la propiedad queda, así, sometido a resolución según los resortes creados por un negocio jurídico de cualquier naturaleza *(inter vivos o mortis causa)*.[23] El Código Civil portugués de 1966, vigente a partir del 1° de junio de 1967, expresamente alude a la propiedad resoluble y a la propiedad temporal (art. 1.307).

Se citan como ejemplos de "propiedades resolubles: la donación con cláusula de reversibilidad (CC. venezolano: arts. 1.453 y 1.454), la venta con pacto de retracto, por un plazo no superior a cinco años (CC. venezolano arts. 1.534 y 1.535) y la revocación de donaciones por causa de ingratitud o por superveniencia de hijos (CC. venezolano, art. 1.459). No obstante, si bien el pacto de reversibilidad conlleva la desaparición de las enajenaciones y de los gravámenes efectuados por el donatario (CC. venezolano, arts. 1.453 y 1.454), el ejercicio del retracto convencional libera al fundo *vendido* de todas las cargas impuestas por

21. En ciertos casos, se afirma, la propiedad se "extingue" para el porvenir. Tales son las *hipótesis* de retorno del ausente después de la *toma de posesión* definitiva de los bienes por los herederos (art. 436 del Código Civil), y de la revocación de la donación por ingratitud o por superveniencia de hijos (art. 1.466 del Código Civil). En estos supuestos, la propiedad no queda realmente extinguida, sino que se recupera en el estado en que se encuentre: disminuida, modificada, aumentada. No se alude aquí a la propiedad temporal con el mismo significado que se aplica al derecho de autor, o al derecho de superficie en los países en los cuales opera este instituto. No es la propiedad misma, sino el goce del derecho por un beneficiario lo que es temporal (De Page, Henri: *Traité élémentaire...*, V, p. 1.104).

22. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 261. Ampliamente, véase: Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes)*, p. 109, N.° 2.349.

23. De Page, Henri: *Traité élémentaire...*, V., p. 1.101.

el comprador (CC. venezolano, art. 1.544, *in fine*, aplicable también al *retracto legal* conforme el art. 1.548 del mismo Código) y las hipótesis de la donación por ingratitud del donatario o por superveniencia de hijos no afecta los derechos adquiridos por terceros con anterioridad al registro de la demanda (CC. venezolano, art. 1466) [24]

D) *La propiedad es un derecho elástico*

Las facultades contenidas en el derecho de propiedad pueden reducirse (comprimirse) para el titular, sin que ello deforme su esencia, hasta el *mínimo compatible con su existencia*. De este modo, cuando el propietario constituye usufructo a favor de determinada persona sobre un fundo, el titular sigue siéndolo, aun cuando en calidad de nudo-propietario.

Las *facultades de disfrute* pueden atribuirse *en todo* (usufructo) o *en parte* (servidumbres) a un tercero. El derecho de propiedad no desaparece por ello. Al cesar la causa de compresión, el derecho recobra su contenido normal (al extinguirse el usufructo o al desaparecer la servidumbre).

Tal fenómeno procede del hecho de que la propiedad es una *síntesis o unidad*. Algunos de sus poderes resultan minimizados o anulados en presencia de otros derechos reales (limitados). La propiedad destaca como señorío unitario y pleno *sobre* las cosas, en tanto sea posible conferir algunas de las facultades, que tienen por centro el titular o a otros sujetos, y se reconozca al dueño la facultad de recuperar el goce pleno de los poderes referidos que se compendian en el derecho.[25]

24. El artículo 647 del Código Civil brasileño expresamente prevé las consecuencias jurídicas de la resolución del dominio: "Resuelto el dominio por el cumplimiento de la condición o por la llegada del término, se entienden también resueltos los derechos reales concedidos durante su pendencia, y el propietario a cuyo favor opera la resolución, puede reivindicar la cosa del poder de quien la detente".

25. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...*, p. 258. Se persigue hoy, por alguna parcialidad, sustituir los caracteres analizados por los de *generalidad, independencia, abstracción y elasticidad*. "La generalidad expresa la amplitud del poder que confiere la propiedad susceptible de abarcar todas las *utilidades de una cosa"; la independencia denota la autonomía* del poder ejercitable, sin requerir apoyo en otro derecho; la abstracción significa que el dominio existe con independencia de las facultades que confiere; la elasticidad ofrece el matiz ya conocido (*v.*, Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español*, II, pp. 60 y 61).

51. ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DOMINIO (ELEMENTO SUBJETIVO Y ELEMENTO OBJETIVO)

A) *Elemento subjetivo*

El sujeto activo (titular del *dominio) puede* ser cualquier persona (natural o jurídica –persona jurídica individual, o persona jurídica colectiva, *según otra nomenclatura*–) que haya adquirido el derecho.[26]

Ahora bien, la cualidad del sujeto activo y su unidad o pluralidad, determinan la subdivisión de la propiedad según los moldes ya clásicos en el ordenamiento positivo y en doctrina: propiedad pública y propiedad privada y las subespecies: *propiedad singular y copropiedad*, en las hipótesis de titularidad concentrada en un solo sujeto (persona jurídica individual o persona jurídica colectiva), o en *dos o más sujetos cuyos derechos* sean cualitativamente idénticos (comuneros) (*infra*, Capítulo XIV, Nos. 99 y 100).

La capacidad *in abstracto* para ser titular del dominio, se reconoce a toda *persona individual*,[27] y a las personas colectivas. A ello no obstan las particulares excepciones, legalmente configuradas, que vedan a ciertas categorías de *sujetos la posibilidad* de intervenir en los negocios jurídicos, destinados a provocar la transmisión o la adquisición del derecho de propiedad.

B) *Elemento objetivo*

Constituyen objeto del derecho de propiedad todas las cosas que no estén legalmente excluidas de su esfera material. En el Derecho Romano, la propiedad se circunscribió a los solos bienes materiales *(corporales)*. En la actualidad se ha ampliado considerablemente el radio económico del derecho, hasta abarcar los bienes *inmateriales* (cosas incorporales).[28]

26. De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil*, VI, p. 255, y Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 109.
27. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 109.
28. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, pp. 376 y ss.; De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil*, VI, p. 256; Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 110. Se restringe el derecho de propiedad a las cosas corporales en el Código Civil portugués de 1966, artículo 1.302 (objeto del derecho de propiedad): "Sólo las cosas corpóreas, muebles o inmuebles, pueden ser objeto del derecho de propiedad regulado en este Código".

En general, todas las cosas que puedan constituir *objetos de derechos* quedarían subsumidas dentro del elemento objetivo. Por consiguiente, se insertan en él las cosas del mundo exterior, apropiables y específicamente determinadas,[29] no así las cosas genéricas, ni los bienes declarados inapropiables en el plano legislativo: bienes demaniales, por ejemplo, no –en este último caso– por la naturaleza material de la cosa, sino por la incompatibilidad del derecho de propiedad con la relación demanial, impedimento concreto que perdura mientras subsista la demanialidad.[30]

Los bienes incorporales corresponden a la propiedad intelectual, y a la propiedad industrial, y también a la propiedad "científica".[31] Sin embargo, las "propiedades incorporales" se hallan sometidas a regímenes especiales, de los cuales a menudo destacan reglas consecuenciales, que descartan el trasplante integral a ellas, de los principios rectores del régimen común de la propiedad. Sobre este orden de ideas, algunos sectores prefieren referirse a "derechos sobre bienes inmateriales", abriendo un nuevo cauce dentro de la categoría de los derechos patrimoniales.[32]

52. CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Aun cuando en algunos tratados el contenido del dominio es subsumido dentro de los elementos del derecho en estudio, por razones de siste-

29. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 111. En Venezuela, la fragmentaria doctrina de los tribunales considera al parecer "evidente que a los particulares les está permitido adquirir un verdadero derecho de propiedad sobre las parcelas municipales en los cementerios, aun cuando sometido a las limitaciones que se originan del especial destino que les es propio, que no puede ser otro que el de enterramiento de cadáveres humanos y la consiguiente construcción de túmulos, panteones, etc." (Sentencia del Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 29 de julio de 1969). El fallo citado establece una diferencia neta entre el terreno destinado al sepulcro y la sepultura (el lugar donde se halla depositado el cadáver humano). En el primer caso nada obsta a su enajenación como cualquier otro bien objeto de dominio. En el segundo caso es innegable su extracomercialidad.
30. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 727.
31. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 376.
32. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 383 e *infra* N.° 53.

ma y para destacar su importancia, hemos creído conveniente adjudicarle una sección separada.[33]

Bajo el rubro "contenido del derecho de propiedad" se contempla lo que generalmente, en doctrina, aparece como "atributos del derecho de propiedad".

De modo global, el contenido del derecho de propiedad se concentra en un *poder de goce*, al que se suma la facultad de *disposición* y la posibilidad de excluir a los demás, en el ejercicio de las prerrogativas integrantes del derecho.[34]

Desde el *derecho romano* se reconoce al propietario el *ius utendi* (uso), el *ius fruendi* (derecho de percibir los frutos) y el *ius abutendi* (*abusus* o poder de disposición).[35]

Siendo la propiedad un derecho *general*, es difícil sintetizar todo cuanto el propietario puede hacer. La simplificación transaccional con base en la fórmula según la cual el propietario puede hacer todo aquello que no le esté legalmente vedado (principio lógico de identidad), satisface poco, una labor descriptiva.[36]

Una tradición constante resume el contenido del derecho de propiedad en tres atributos: el uso de la cosa, el goce y la facultad de disponer.[37]

Dado que la nota típica del derecho de propiedad se pronuncia en el poder de disposición, la analizaremos con prioridad.

---

33. Castán Tobeñas entiende que los elementos del derecho de propiedad son: el sujeto, el objeto y el contenido (*Op. cit.*, p. 109). La misma dirección sigue Miguel María De Serpa Lopes, *Op. cit.*, pp. 256 y 257.
34. Barbero, Doménico: *Op. cit.*, I, p. 719.
35. Un *reconocimiento* pleno del *ius abutendi* (a no ser que se lo entienda con relación a las cosas consumibles), no ha sido logrado plenamente en el derecho positivo actual. Por este motivo, el *ius abutendi* regularmente se traduce como "facultad de disposición". Los textos positivos, aun los no segregados del molde liberal, prescriben un conjunto de limitaciones apreciables en las que se advierte de modo diáfano el deber –impuesto al titular– de no traspasar los fines en vista de los cuales le es atribuido el derecho (en Venezuela, *v.*, art. 1.185, segunda parte, del Código Civil).
36. *V.*, Puig Brutau, José: *Fundamentos...*, III, p. 123.
37. El derecho de usar y el derecho de disponer son comunes, no obstante, a todos los derechos patrimoniales (Trabucchi, Alberto: *Istituzioni...*, p. 400), a menos que su propia naturaleza o una prohibición incrustada en el plano legislativo vede la transmisibilidad.

A) *La facultad de disponer*

El poder de disposición se revela así: el propietario decide si, junto al suyo, "deben nacer otros derechos sobre la cosa *a favor de otras personas*. Decide acerca de que no debe subsistir *ningún derecho* sobre la cosa, puesto que puede, mediante el abandono (derelicción, por ejemplo, arrojándola de sí), dejarla sin dueño. Decide, finalmente, si su propio poder jurídico, como un todo, *ha de pasar a otro*, ya que puede transmitirle la propiedad (por ejemplo, por venta). A esto se añade el poder de disponer de *hecho* sobre el cuerpo de la cosa. Cualquier forma de disposición se encuentra contenida en la propiedad; es imposible una descripción exhaustiva de todas las formas imaginables".[38]

En resumen, el propietario puede disponer del derecho:

a) *Materialmente:* destruyendo o consumiendo la cosa, (cuando ello no le esté vedado).

b) *Jurídicamente:* enajenándolo, o confiriendo a otras personas, *total* o *parcialmente*, las prerrogativas de que goza. Ejemplo: limitándose a sí mismo en el goce del *bien a favor* de otro.[39]

Pero la cesibilidad (transmisibilidad) no es una característica privativa del derecho de propiedad. También otros derechos reales, y los derechos de crédito, son cesibles, a menos que su propia naturaleza, o una prohibición contenida en el plano legislativo, elimine tal facultad.[40]

La facultad de libre disposición, de otra parte, comprende no sólo el derecho de enajenar, sino el de gravar, limitar, transformar y destruir.[41]

Pero el poder de disposición acordado al titular no es absoluto sino *relativo*. Tal facultad puede sufrir recortes parciales en lo que atañe a determinadas prohibiciones impuestas por la ley, en consideración a la cualidad o situación de los sujetos intervinientes en el negocio traslativo del dominio (prohibición de venta entre cónyuges, por ejemplo) o de la peculiar categoría de ciertos grupos de bienes (inalienables).[42]

---

38. Hedemann, Justus W.: *Derechos reales*, II, p. 142.
39. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 257.
40. El propietario puede privarse según su voluntad del goce y *puede ser privado de la disponibilidad*, sin que su derecho desaparezca, lo que demuestra el contenido del derecho del propietario, diferente de la simple suma de los poderes de goce y disposición (Messineo, Francesco: *Manual...*, III, pp. 257 y 258).
41. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 118.
42. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 119.

La inalienabilidad, de todas formas, constituye una excepción al *ius disponendi* que resulta de la ley o, de un acto de voluntad, en los casos en que el ordenamiento normativo lo autorice:

a) Acatando un principio de protección –apuntado al grupo o al individuo–, la ley priva al propietario de la facultad de enajenar ciertos bienes enmarcados dentro de algunas instituciones típicas. Así el hogar, o el patrimonio familiar previsto en la Ley de Reforma Agraria, a menos que se cumplan los requisitos preordenados a la desafectación.

b) En ciertos grupos legislativos (como, en el derecho brasileño), se admite la validez de las cláusulas de inalienabilidad, temporal o vitalicia, impuestas por el testador o el donante. Tal limitación al *ius disponendi* no puede ser invalidada o dispensada por actos judiciales de cualquier especie, salvo en las hipótesis de expropiación por causa de utilidad pública y de ejecución por deudas provenientes de impuestos insolutos relativos a los bienes en cuestión.[43] La *propiedad inalienable* ofrece carácter *excepcional* en la medida en que contrasta con el principio de la *libre circulación de los bienes*. En esta línea de pensamiento, y al margen de que la misma sea una constante, por vía de ejemplo, en cuanto a los bienes del dominio público, la calificación despierta serios problemas, al trasladar la *inalienabilidad* a una prohibición oriunda en actos provenientes de la *autonomía privada*. Así, el propietario no estaría facultado para declarar inalienable un bien inserto en su patrimonio, pero puede donar o legar vedando al donatario o al legatario enajenar la cosa durante un tiempo prefijado. En Francia la Ley de 3 de julio de1971, que agregó un precepto (artículo 900) al Código Civil, trazó dos limites a las *cláusulas de inalienabilidad:* a) La *temporalidad* y no la perpetuidad ni la exagerada prolongación de las cláusulas; b) La *justificación* de la inalienabilidad por un *interés serio y legítimo*, bien del disponente, bien del adquirente o de un tercero. En cierta forma, el dispositivo técnico traduce un pensamiento manejado por corrientes de la doctrina tradicional (*v., in extenso:* Carbonnier, Jean: *Droit Civil*, tomo III, p.141).

Aurelio Candián critica una corriente de la doctrina según la cual el derecho de propiedad puede subsistir *sin goce del poder de disposición.*[44]

43. De Serpa Lopes: Miguel María: *Curso de Direito Civil*, VI, pp. 264 y 265.
44. Candián, Aurelio: *Instituciones...*, p. 356, N.° 266.

Tal corriente descansa sobre las circunstancias siguientes:

a) Los casos de mutilación del poder de disposición (hogar, bienes embargados).

b) El poder complejo que involucra el dominio general y omnicomprensivo, que abarca todas las formas de utilización lícita de un bien y que, no agotándose en determinados poderes, subsiste "aun cuando sean suprimidos los atributos". La actitud crítica de Candián se apoya:

a') En la devaluación definitiva que experimentaría el derecho de propiedad, sin que lo sustituya un concepto determinado y concreto. Resulta, así, algo vago referirse a un poder complejo y omnicomprensivo;

b') En el hecho de que los casos ejemplificados por la tesis combatida no configuran la abolición del poder de disposición, sino su *limitación temporal;*

c') En el hecho –adicional– de que el goce limitado del derecho de propiedad responde a la nota de elasticidad por la cual, cesada la compresión, la propiedad recuperaría su forma normal (*supra*, Número 50, D).

B) ***El uso y el goce***

La facultad de usar, consiste en aplicar directamente la cosa para la satisfacción de las necesidades del titular; por actuación de las ventajas que es susceptible de proporcionar, sin tomar los frutos ni realizar una utilización que comporte su destrucción inmediata (Alessandri). Pero en una forma amplia, sin recurrir a un concepto por exclusión, el libre aprovechamiento comprende el derecho de usar, de disfrutar y de abusar o consumir.[45] En la práctica es difícil que el uso se manifieste separadamente del goce.

Sin embargo, manteniendo la escisión de los dos atributos, el goce se concentrará en la facultad de percibir los frutos y los productos que la cosa genera.

Enumerar, no obstante, las facultades que corresponden al propietario por la utilización de la cosa que le pertenece, sería tarea inalcanzable en la práctica: "En el poder *general y exclusivo* que constituye

45. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, pp. 120 y 121.

el derecho, entran teóricamente todas las facultades de goce y disposición que puedan imaginarse".[46]

C) *La fórmula dual de Planiol*

Los atributos del derecho de propiedad se desdoblan, según Planiol,[47] en:

a) *Actos materiales de goce y consumo;*

b) *Actos jurídicos.*

Los actos *materiales de goce y de consumo,* comprenden el derecho de usar, destruir la cosa materialmente, o de transformar su sustancia. Esta facultad se halla hoy penetrada por numerosas limitaciones.

Los *actos jurídicos* consisten en la transferencia, a otro sujeto "en todo o en parte, del *derecho de goce o de consumo que le pertenece* sobre la cosa. Si transmite la totalidad del derecho, se dice que *enajena la cosa;* ejecuta un acto traslativo de su propiedad".[48] Si confiere parcialmente el derecho de goce, provoca la "desmembración" –*infra,* sobre la aplicación del término, Capítulo XIX, N.° 146– de su derecho de propiedad (creación del derecho real de usufructo, de servidumbre, por ejemplo, en favor de alguien).

D) *Clasificación de José Castán Tobeñas*

El contenido del dominio está estructurado por las siguientes facultades, en orden a la exposición del profesor Castán Tobeñas.[49]

a) *La facultad de libre disposición,* que envuelve no sólo la enajenación del derecho sino los poderes de gravar, limitar, transformar y destruir la cosa.

b) *La facultad de libre aprovechamiento,* que implica la utilización directa del bien para la satisfacción de las necesidades del titular, y cuyo ejercicio se realiza en el derecho de usar, disfrutar y abusar o consumir.

c) *La facultad de exclusión,* que se manifiesta tanto en el derecho de individualización de la cosa (derecho de cercar los fundos, por

46. Ferranti, Ferrante: *Il libro della proprietá,* p. 117.
47. Planiol, Marcel: *Los bienes,* pp. 98 y ss.
48. Planiol, Marcel: *Los bienes,* p. 102, N.° 2.337.
49. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...,* II, pp. 117 y ss.

ejemplo) y en el derecho de posesión excluyente y de reivindicación *(ius possidendi)* o derecho de poseer, por contraste con el *ius possessionis,* como instituto desconectado del dominio.

53. LAS DENOMINADAS "PROPIEDADES SOBRE BIENES INMATERIALES"

La tendencia que rehúsa proyectar el objeto del derecho de propiedad hasta los bienes incorporales (*supra,* N.° 51, B), niega correlativamente la terminología "propiedades incorporales", para referirse al derecho del autor de la obra de ingenio, o de la invención, entre otros.

La dirección contraria, frente a la evidencia de la temporalidad del derecho, acata la existencia del derecho de propiedad sobre bienes inmateriales (incorporales), dada la presencia de otros elementos (absolutividad, exclusividad, naturaleza patrimonial, posibilidad de enajenación), integradores del dominio. La definición contenida en el artículo 545 del Código Civil venezolano (y sus equivalentes en las legislaciones del grupo francés) alude genéricamente a "cosas" como ingrediente objetivo del dominio. Dentro de esta expresión, pueden quedar comprendidos tanto los bienes corporales como los inmateriales. Por otro lado, el artículo 546, CC. ("el producto o valor del trabajo o industria lícitos, así como las producciones del ingenio o del talento de cualquier persona, son *propiedad suya,* y se rigen por las leyes relativas a la propiedad en general y las especiales sobre estas materias"), agrega un argumento ponderable para validar el empleo de la terminología criticada.[50]

50. "En el Derecho venezolano no hay dudas al respecto, ya que el Código Civil define estos derechos intelectuales e industriales como derecho de propiedad, y la ley especial que rige los industriales se llama Ley de Propiedad Industrial" (Uzcátegui Urdaneta, Mariano: "Visión jurídico-económica de la Propiedad Industrial en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Derecho,* Universidad de Carabobo, enero a diciembre de 1965, p. 263). El artículo 1.303 del Código Civil portugués de 1966 preceptúa: "1. Los derechos de autor y la propiedad industrial están sujetos a legislación especial. 2. Son, aún, subsidiariamente aplicables a los derechos de autor y a la propiedad industrial las disposiciones de este Código, cuando se armonicen con la naturaleza de aquellos derechos y no contraríen el régimen especialmente establecido para ellos".

Un elenco de las exposiciones disidentes admite el siguiente resumen:

a) Tanto en la "propiedad intelectual" como en la "propiedad industrial, devendría un derecho creado por el sistema normativo sin sustrato natural, a diferencia de la propiedad sobre bienes materiales. Messineo considera que la admisión de este argumento implicaría la negación de la categoría de los bienes incorporales, lo cual le parece excesivo.[51]

b) El derecho de autor se mueve dentro de linderos estrechos. Pero, a la vez, la "propiedad material" (sobre bienes corporales) soporta restricciones de la más diversa índole, creadas por el ordenamiento positivo o por el mismo titular.

c) La propiedad de la obra de ingenio o de una invención es inseparable de su autor. En consecuencia, el instituto de la propiedad carecería de sentido. Este punto de vista es refutado por la tesis afirmativa, observando que "el señalado vínculo existe en cuanto al derecho *personal* sobre la obra de ingenio, pero no se dice de él que sea un derecho de propiedad, ya que, por el contrario, se trata de un *derecho de la personalidad*".[52] En su aspecto de *derecho patrimonial,* las prerrogativas sobre la obra de ingenio son separables de la persona del autor.

d) En ausencia de las normas especiales que disciplinan el derecho sobre la obra de ingenio, o sobre la invención, no es aplicable el derecho común de la propiedad. La subsunción viene a ser, por tanto, inútil.[53] La remisión contenida en el artículo 546 del Código Civil bastaría para vulnerar la solidez de este postulado. Con las debidas adaptaciones, son aplicables a las "propiedades especiales", los preceptos referentes a los modos de adquisición, pérdida y a las limitaciones (derechos reales de goce sobre la cosa ajena).[54]

e) Se agrega: la *temporalidad* del derecho del autor, en contraste con la *perpetuidad* que se adjudica al dominio en general, y la imposibilidad de aplicar a este último ciertos modos de adquisición (como la usucapión).[55]

51. Messineo, Francesco: *Manual...,* III, p. 377.
52. Messineo, Francesco: *Manual...,* III, p. 377.
53. *Ibíd.,* p. 377.
54. *Ibíd.,* p. 378.

Contando con la dificultad de hallar posiciones transaccionales, alguna parcialidad (*supra,* N.° 51, B) ha acuñado la expresión "derechos sobre ciertos bienes inmateriales", u otra afín: "titularidad sobre ciertos derechos de contenido propio", a manera de síntesis comprensiva del derecho de autor y del inventor, como modelos más destacados de las figuras en estudio.

A) *El derecho de autor*

Entre los derechos sobre los productos del ingenio se inserta, en primer lugar, el derecho de autor. La materia es regulada en Venezuela por la *Ley sobre el Derecho de Autor,* de 16 de septiembre de 1993.

La denominación del cuerpo normativo especial, se ciñe al propósito de obviar las discusiones oriundas del calificativo *"propiedad intelectual"* que, según alguna parcialidad de la teoría tradicional, sugería una indebida admisión del dominio sobre los bienes inmateriales y, colocaba de lado la tutela de "valores morales" reconocidos al autor de una obra.[56] Suelen citarse, a manera de ejemplo, entre los últimos: el derecho de dar o no a publicidad una creación intelectual, el "derecho al anónimo", el derecho a la idea materialmente expresada.[57]

La ley mencionada protege a los autores por el *solo hecho de la creación de la obra* (LDA, art. 5) y declara inembargables, irrenunciables e imprescriptibles los derechos de orden *moral.* Incluso, es inembargable el derecho de explotación mientras la obra se encuentre inédita, aun cuando se da cabida al gravamen y al embargo de los créditos del autor, contra sus cesionarios o contra quien viole su derecho (LDA, art. 23, par. 2). En sus aspectos patrimoniales el derecho del autor encierra, entre otras:

55. Hung Vaillant, Francisco: *Algunos aspectos de la protección del derecho de autor en Venezuela,* p. 10. En contra: Callegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato,* G. Giappichelli, ed., Turín, 1960, p. 426.
56. Venezuela, Ministerio de Justicia: *Exposición de motivos y proyecto de Ley sobre el derecho de autor.* Caracas, 1961, p. 8. *Consúltese:* Goldschmidt, Roberto: "La Ley sobre el Derecho de Autor de 1962", en *Revista del Ministerio de Justicia,* N.° 45, Caracas, 1963, pp. 27 y ss.; y Hung Vaillant, Francisco: *Algunos aspectos...,* pp. 9 y ss.
57. *V.,* Callegari, Dante: *Istituzioni...,* p. 427, y Hung Vaillant, Francisco: *Op. cit.,* p. 18. Se los considera como *derechos de la personalidad.*

a) *La facultad de utilizar económicamente la obra*, a través de la percepción de los provechos que su divulgación directa puedan reportar al autor, o por medio de su representación, ejecución, traducción o de cualesquiera formas de explotación.[58]

b) *La facultad de disponer* de la obra por actos inter vivos o por causa de muerte. Aun cuando no separado este derecho de la facultad antes mencionada –en el sentido de que un acto de disposición, preferentemente negocial, le reportará de ordinario al autor una utilidad de orden económico–, su estudio particularizado permite poner en evidencia la escisión entre el *objeto material* y el derecho sobre la obra en sí misma considerada. Manifestaciones expresamente normadas de tal separación estricta, es el derecho reconocido al autor de prohibir que el adquirente del objeto material a la obra haga modificaciones que menoscaben o pongan en peligro su decoro o reputación (LDA., art. 20), y el derecho de acceso *al objeto material* (adscrito al patrimonio de otro sujeto), siempre que ello sea necesario para el ejercicio de los derechos de explotación o para una mejor vigilancia y protección de los derechos del autor en general (LDA., art. 22).

Se suele colocar en ocasiones la *facultad de divulgar la obra* en el sector de las *facultades morales* del autor.[59] Este derecho y, lateralmente, el de resolver sobre la forma de su divulgación (LDA., artículo 18) el derecho de abstenerse de hacerla pública, que envuelve un deber de abstención, a cargo de todos aquellos que no hubieren obtenido el consentimiento del autor para divulgar la obra, su contenido esencial o su descripción ofrecen dificultades en la práctica cuando se intenta practicar una escisión cabal –en casos concretos– que los separen de las facultades de neto corte patrimonial.

Las obras del ingenio objetivamente integradas al derecho del autor son especialmente: los libros, folletos y otros escritos literarios, artísticos y científicos; las conferencias, alocuciones, sermones, las obras dramáticas o dramático-musicales, las obras coreográficas y pantomímicas, cuyo movimiento escénico se haya fijado por escrito o en otra forma, las composiciones musicales con palabras o sin ellas, las obras cinematográficas, las obras de dibujo, pintura, grabado, litografía, ar-

58. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 378.
59. *Cfr.* Hung Vaillant, Francisco: *Algunos aspectos...*, p. 18.

quitectura, los planos, obras plásticas, software, bases de datos, páginas web, etc. (*v.*, LDA., art. 2). El derecho del autor sobre su obra dura toda la vida de éste y se extingue a los sesenta años, contados a partir del primero de enero del año siguiente de su muerte, incluso respecto de las obras no divulgadas durante su vida (LDA., artículo 25). (Con relación a las obras hechas en colaboración, derechos de explotación de una obra cinematográfica, obras anónimas o seudónimas, *v.* arts. 26 y 27 de la LDA.).

Los derechos del autor se transmiten a su muerte, conforme a las normas sobre derecho sucesoral recogidas en el Código Civil. El autor, por acto de última voluntad, puede constituir un fideicomiso, por todo el período de duración de su derecho o por parte de él, regulado por los dispositivos técnicos de la Ley de Fideicomiso y por la disciplina especialmente prescrita en la Ley sobre el Derecho de Autor (v. arts. 29 y siguientes de la Ley).

B) ***La "propiedad industrial"***

La Ley de Propiedad Industrial de 2 de septiembre de 1955, actualmente en vigencia, rige los derechos de los inventores, descubridores e introductores sobre las creaciones, inventos y descubrimientos relacionados con la industria, y los derechos de los productores, fabricantes y comerciantes sobre las frases o signos especiales que adopten para distinguir los resultados de su trabajo o actividad de sus similares (LPI., art. 1).

Los *certificados de registro* son otorgados a los propietarios de marcas, lemas y denominaciones comerciales registrados. A los propietarios de inventos, mejoras, modelos o dibujos industriales y a los introductores de inventos o mejoras, se les otorga *patentes* (LPI., art. 2).

La Ley construye una presunción de propiedad, en beneficio de la persona, a cuyo favor se haya hecho el registro del invento, modelo, dibujo industrial, o de las mejoras, lemas o denominación comercial (LPI., art. 3). Una presunción también es creada a favor del introductor de un invento o mejora que haya efectuado el registro.

Los derechos de propiedad industrial son cesibles, pero el negocio traslativo de derechos no surtirá efectos contra terceros; mientras no se haya efectuado la anotación correspondiente en los Libros de Registro (LPI., art. 4). La cesión de una marca entraña la transferencia de los derechos sobre marcas iguales o semejantes del cedente, salvo reserva expresa (LPI., art. 4, par. 1), pero las denominaciones comer-

ciales no pueden ser cedidas independientemente del negocio que distinguen. No se admite la cesión de los lemas comerciales sin la marca a la cual corresponde (LPI., art. 4, par. 2).

Ninguna *patente* podrá versar sino sobre una sola creación, invento o descubrimiento. Las patentes confieren a sus titulares el privilegio del aprovechamiento exclusivo de la *producción* o procedimiento industrial. Las patentes de introducción no impiden la importación, por otras personas, de objetos similares o los comprendidos en la respectiva patente (LPI., arts. 5 y 8).

La concesión de una patente otorgada por el Estado, no significa, en ningún caso, la garantía de la exactitud; de la prioridad de la invención (L.P.I., art. 6). La concesión de una patente no implica, en ningún caso, la garantía por el Estado de la exactitud o de la prioridad de la invención, descubrimiento, mejora, dibujos o modelos patentados (LPI., art. 6). Aun cuando las invenciones pueden ser mejoradas por otras personas, no podrá usarse de la invención sin consentimiento de su autor. De igual forma, el inventor no podrá usar la mejora hecha sin el consentimiento del autor de la mejora (LPI., art. 7).

Las patentes de invención, de mejora, de modelos o de dibujos industriales se expedirán por cinco o por diez años, a voluntad del solicitante. Las patentes de introducción sólo podrán ser expedidas por cinco años (LPI., art. 9).

Los titulares de patentes obtenidas en el exterior tendrán prioridad para obtenerlas también en Venezuela, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la patente extranjera (LPI., art. 11).

La enumeración meramente enunciativa de objetos patentables en Venezuela (art. 14 de la LPI), es seguida de un catálogo de renglones a los cuales no les es concedida patente (bebidas y artículos alimenticios, medicamentos, preparaciones farmacéuticas medicinales y las reacciones y combinaciones químicas; los sistemas, combinaciones y planes financieros, especulativos, comerciales, publicitarios o de simple control y fiscalización; el simple uso o aprovechamiento de sustancias o fuerzas naturales aun de reciente descubrimiento; el nuevo uso de artículos, objetos, sustancias o elementos ya conocidos, etc.). Los derechos del inventor o descubridor sobre las invenciones o descubrimientos que interesan al Estado, o que sean considerados fundadamente de interés público, son expropiables por causa de utilidad pública o social por el Ejecutivo Nacional (art. 16 de la LPI).

Las patentes quedan sin efecto por la incidencia de alguna de las causales enunciadas en el artículo 17 de la Ley (cuando por fallo pronunciado por los tribunales competentes, se las anule por declararlas expedidas en perjuicio de mejor derecho de terceros; cuando el titular haya dejado transcurrir dos años, contados desde la fecha de su expedición, sin explotar en Venezuela el invento que las hubiere motivado; o cuando se interrumpa la explotación por un tiempo igual, salvo caso fortuito o de fuerza mayor comprobado ante la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial; por vencimiento del término, etc.). Tales circunstancias serán hechas del conocimiento público, por el Registrador, a través de aviso publicado en el Boletín de la Propiedad Industrial. La patente dejada sin efecto por falta de pago de una anualidad podrá ser rehabilitada, por una sola vez, siempre que su titular lo solicite ante la Oficina de Registro de la Propiedad Industrial, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de plazo establecido para el pago de la anualidad, previo el pago al Fisco de la cantidad adeudada más el doble de la misma (LPI, arts. 18 y 19). El Ministro de Fomento podrá, previo informe del Registrador de la Propiedad Industrial, anular, en resolución razonada, el registro de los inventos, mejoras, modelos o dibujos industriales obtenidos en contravención a la Ley. Esta decisión es recurrible para ante la Corte Suprema de Justicia dentro del lapso de tres meses, contado a partir de la fecha en que se publique la resolución ministerial en la *Gaceta Oficial* (LPI., art. 21).

La Ley incluye normas específicas sobre modelos y dibujos industriales (arts. 22 a 26), marcas comerciales (arts. 27 a 36), y sobre el procedimiento organizado para el otorgamiento de patentes, marcas, cesiones y cambios de denominaciones, derechos de Registro y anualidades de patentes, cuyo estudio desborda los linderos de esta referencia.

54. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

A) *Modos de adquirir el dominio*

a) *Noción genérica*

Los hechos, actos y negocios jurídicos normativamente reconocidos como eficientes para originar el derecho de propiedad –así como otros derechos patrimoniales, en el ámbito de este Curso– en un determinado

patrimonio, se denominan *modos de adquirir.*[60] "Los derechos se adquieren en virtud de ciertos hechos que el ordenamiento legal y, en definitiva, la persona autoriza para decidir una controversia, valoran como causa eficiente de dicho resultado".[61]

Conforme al artículo 796 del Código Civil venezolano, "la propiedad se adquiere por *ocupación.* La propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por la ley, por *sucesión,* por efecto de los *contratos* y también por medio de la prescripción".

La norma tanscrita, a los fines de este estudio, enuncia los modos o formas de adquirir el dominio y otros derechos reales. Sobre la base de sustentación de estos módulos, cabe observar:

a') *La ley,* en sí misma, no tiene eficacia distinta –como modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales– de la que le asignan los mismos institutos por ella regulados. En otras palabras, la ley constituye una receptáculo muy amplio, susceptible de comprender tanto las fuentes de adquisición expresamente mencionadas en el artículo 796, como *otros modos* susceptibles de provocar resultados patrimonialmente idóneos (por lo que respecta al nacimiento de la propiedad y de toda la categoría de los derechos reales) que no figuran en la enumeración como la accesión y la adjudicación en remate.

Por este conducto, tanto la accesión continua como la expropiación por causa de utilidad pública o social, la adquisición en los procedimientos de ejecución forzada[62] y la adquisición de la propiedad

60. *Cfr.* Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...,* II, p. 175; Callegari, Dante: *Istituzioni...,* p. 410.
61. Puig Brutau, José: *Fundamentos...,* III, p. 175.
62. El adquirente en remate judicial no es un causahabiente del propietario real o supuesto del bien rematado, porque el acto traslativo no resulta de una manifestación de voluntad del causante. La persona que adquiere un bien en remate es un *tercero.* Al respecto se citan las Sentencias de Casación de 25 de enero de 1954 y de 21 de noviembre de 1956. La propiedad se transfiere por el cauce de la enajenación forzosa que el Poder Judicial efectúa a nombre del dueño. Se trata, pues, de un derecho legalmente adquirido (Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 26 de junio de 1964), en *Jurisprudencia,* de Ramírez y Garay, tomo IX (1964), pp. 197 y ss. "El adjudicatario en remate judicial no es causahabiente de anteriores detentadores o titulares, pues la adquisición de la cosa o derecho por virtud de una adjudicación judicial se verifica por ministerio de la ley misma y no por transmisión que otra persona le

del fundo sirviente condicionada al abandono de su titular, cabrían en la parcela trazada por el vocablo.

b') *La sucesión* es un término comprensivo tanto de la sucesión testamentaria como de la intestada *(ab intestato).* Pero, a la vez, la sucesión es un conducto apto para la transferencia tanto del dominio como de otros derechos reales, de los derechos de crédito y de las deudas que integran el patrimonio del causante. Ciertos derechos reales y de crédito se extinguen, sin embargo, al desaparecer el titular, por lo cual, con relación a ellos, la sucesión no resultaría eficaz para producir el traslado patrimonial como en el caso del usufructo que se extingue por la muerte del usufructuario cuando no ha sido establecido por tiempo determinado (CC., art. 619). Igual ocurre con el uso y la habitación (CC., art. 631); y con las obligaciones *intuitu personae* o personalísimas.

c') *El contrato* "traslativo de cosa determinada, presente (no futura), constituye, al mismo tiempo, el *título* (justificación) de la adquisición y el modo de adquisición de la propiedad; constituye, además, la medida de la adquisición".[63]

La escisión entre título (fundamento de la adquisición) y el *modo* (el medio con el cual se realiza efectivamente la adquisición), no es practicable en el derecho positivo venezolano ni tampoco en los ordenamientos jurídicos italianos y francés. El contrato resulta, por consiguiente, el fundamento y el medio de adquisición de la propiedad, de los derechos reales en general y de los derechos de crédito.

El contrato traslativo, con efectos *reales,* implica que la propiedad (por el juego del principio del consensualismo u otro derecho) penetra en el patrimonio del adquirente por efectos del consentimiento legítimamente manifestado, y que la cosa queda a riesgo y peligro del mismo, aunque la tradición no se haya verificado (CC., art. 1.161; CC., italiano de 1942, art. 1.376; CC., francés, art. 1.138). Al margen de esta resultante se colocan las hipótesis en que las partes expresan la voluntad de no realizar la transferencia inmediata del dominio (venta con reserva de dominio) o someten la eficacia a la realización de una condi-

hubiere hecho" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 17 de noviembre de 1966, en *Jurisprudencia Analítica de Venezuela,* de Laya-Manzano, vol. II, 1966, p. 432).
63. Messineo, Francesco: *Manual...,* III, p. 331.

ción suspensiva, o los contratos cuyo objeto sea una cosa no determinada en especie, o una cosa futura o ajena.[64]

En la esfera de los bienes muebles por naturaleza y de los títulos al portador, la eficacia que se confiere al contrato traslativo con efectos reales en el artículo 1.162, CC., encaja perfectamente en el caso regulado por el artículo 794, primera parte, del mismo texto positivo.

El artículo 1.162, en efecto, preceptúa:

"Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha".

El dispositivo técnico transcrito protege al adquirente de buena fe en los supuestos de adquisición *a non domino*. La descripción de las diversas figuras a que da lugar la aplicación de los artículos 1.161 y 1.162 del Código Civil, suministra, por consiguiente, el cuadro siguiente:

64. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 331. Con relación a las cláusulas que retrasan la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles, v. sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 8 de agosto de 1967: "El artículo 1.474 del Código de Civil establece: "La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio". Es indudable que conforme a esa definición legal la transferencia de la propiedad, inmediata o futura, es un elemento esencial del contrato de venta. En general, esa transferencia se realiza por el simple acuerdo de los contratantes sobre el precio y el objeto de la operación –*solo consensu*–, pero como esta regla no es imperativa sino supletiva de la voluntad de los contratantes, en doctrina se admite unánimemente que las partes pueden derogarla y, en consecuencia, fijar por sí mismas el día en que se transmitirá la propiedad. Si, como lo estableció la recurrida, el vendedor en el caso concreto se reservó de por vida el dominio de las cosas vendidas con la aceptación del comprador, no puede concluirse con vista de esta sola modalidad contractual que legalmente no pudo existir el acto jurídico de venta, pues con la expresada situación las partes simplemente convinieron, en ejercicio de la autonomía de sus voluntades, en retrasar la transmisión de la propiedad para el momento de la muerte del vendedor, mediante el establecimiento de un término incierto que ponía en suspenso dicha transferencia sin afectar la perfección jurídica del contrato, ya advenida desde el cambio de los consentimientos.
En síntesis, las cláusulas que retrasan la transmisión del dominio en los contratos de venta son perfectamente lícitas y no conllevan la inexistencia del acto, como erradamente lo estableció el juez de la sentencia impugnada". Para la doctrina italiana: De Gregorio, Alfredo: Voz "Vendita", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. XII-2, p. 925.

a") La actuación del artículo 1.161 y, por consiguiente, el traslado fiel del principio del consensualismo, determina que el contrato traslativo con efectos reales, produzca la transmisión de la propiedad a la persona que aparece como primer adquirente en los diversos contratos celebrados por el enajenante;

b") Los sucesivos adquirentes, tratarían, en consecuencia, con el *non domino*, desde luego que el dominio (sobre el bien mueble por naturaleza o sobre el título al portador) ha salido de su patrimonio por conducto del primer acto traslativo;

c") No obstante, siendo de buena fe, cualquiera de los sucesivos cocontratantes que haya tomado posesión efectiva del bien se hace definitivamente propietario y está protegido por el principio de irreivindicabilidad. Al primer contratante –como a los adquirentes sucesivos no situados dentro del tipo legal de la norma citada– sólo restan las acciones personales que el ordenamiento jurídico coloca a su disposición contra el enajenante.

d') La *prescripción* a que alude el artículo 796 CC. es, naturalmente, la prescripción adquisitiva (usucapión). Pueden ser adquiridos por usucapión el dominio y los derechos reales (poseíbles) sobre cosas ajenas.

e') La *ocupación* es un instituto que opera, dentro de las proyecciones predispuestas en el artículo 796, CC., en el solo sector del derecho de propiedad (*infra*, Capítulo XI, N.° 66).[65]

b) *Clasificación doctrinaria de los modos de adquirir*

Los modos de adquirir el derecho de propiedad –y los derechos reales de otro signo, con las debidas salvedades dentro de cada tipo específico– han sido catalogados por la doctrina en los siguientes compartimientos generales:

65. Manuel Albaladejo (*Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Cosas*, II), se plantea la posibilidad de que, a través de la ocupación, se dé entrada a la adquisición de derechos reales diversos de la propiedad (usufructo, por ejemplo, de un animal que ya no pertenece a nadie). Teóricamente se impondría la afirmativa. En la práctica, a nadie se le ocurrirá ocupar un derecho real limitado de goce (*Op. cit.*, p. 92). De otro lado, el artículo 796, conc. artículo 797, del CC. venezolano, obstruye esa resultante.

a') *Modos originarios y modos derivativos*

Cuando el derecho se adquiere directamente, de modo autónomo y con prescindencia de cualquier titularidad anterior, se dice que la adquisición es *originaria*.[66] El derecho real, en consecuencia, nace directamente en el patrimonio del titular, y no depende del que ostente un precedente titular. Así, constituyen modos originarios: la usucapión, la accesión y la ocupación.[67]

Por el contrario, cuando la adquisición se origina de una relación preexistente, "de la cual deriva el derecho en favor del nuevo titular", la adquisición es *derivativa*.[68] No existe, por tanto, creación, sino transferencia de un derecho por mediación de un conducto jurídico idóneo forjado por la relación. El derecho presenta las mismas características y está sometido a las mismas cargas que ofrecía para el titular precedente.[69] Son casos de modos derivativos: la sucesión y el contrato.

La expresión "derivativa", en contraposición a "originaria", y aplicada al modo de adquirir, se entiende no en el sentido de que, conforme a la segunda, nadie haya sido anteriormente titular del derecho sobre la cosa. El derecho pudo haber existido, pero desapareció ulteriormente, para el titular inicial, por abandono, por ejemplo.[70]

b') *Modos voluntarios y modos no voluntarios*

La propiedad es susceptible de transferirse por la voluntad del anterior titular o con plena independencia de tal voluntad.[71] En la adquisición a título originario, el carácter fundamental reside en la "independencia de la voluntad de adquirir; la voluntad del adquirente puede estar en juego solamente para renunciar a la adquisición".[72]

66. Puig Peña, Federico: *Introducción al Derecho Civil*, p. 568. Cristaliza la adquisición originaria cuando el derecho es adquirido "sin que provenga de un antecesor conocido". Hay independencia de todo derecho anterior (Santos Briz, Jaime: *Derecho Civil. Teoría y Práctica*, II (Derecho de cosas). Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 169).
67. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, II-4, p. 191.
68. Puig Peña, Federico: *Introducción...*, p. 568. La adquisición derivativa presupone un transmitente y el derecho "se adquiere tal como se transmite" (Santos Briz, Jaime: *Op. cit.*, p. 169).
69. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 177; Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 191. La adquisición es derivativa "si el derecho pertenecía a otro sujeto (predecesor, *autor*)"; es *originaria* "cuando el derecho del adquirente no se basa en el de un antecesor, sino que nace para él *ex novo*" (Von Tuhr, Andreas: *Derecho Civil (Parte General)*, Trad. de W. Roces, Antigua Librería Robredo, México, 1945, p. 79).
70. Trabucchi, Alberto: *Istituzioni...*, p. 434.
71. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 191.

El proceso más frecuente, no obstante, de adquisición o transferencias de los derechos reales se realiza a través de la intervención de la voluntad, o del acuerdo de voluntades. Tal viene a ser el *contrato*, por ejemplo. *Al margen de la voluntad* del propietario, puede producirse la transmisión del derecho, como ocurre en los casos de sucesión intestada:[73] al fallecer el titular, el heredero adquiere de pleno derecho la propiedad de los bienes que integran el patrimonio hereditario, a pesar de la voluntad adversa del *de cuius*. Conviene advertir que la sucesión de pleno derecho en la posesión jurídica del causante no opera únicamente en el ámbito de la propiedad, sino también en el *status posesorio* en la hipótesis de la *sucesión a título universal* en la posesión (CC., arts. 781 y 995), como ya hemos estudiado (*retro*, Capítulo VI, N.° 33, C, a.).

c') *Modos de adquirir por actos entre vivos y por causa de muerte*

La adquisición por actos entre vivos, presupone la transmisión o la adquisición directa y autónoma del dominio y de los derechos reales en general *durante la vida de las personas*,[74] o más exactamente, por actos cuya plena eficacia se realiza durante la existencia de los sujetos. La adquisición por actos *mortis causa*, por el contrario, presupone el fallecimiento del titular –cuyo patrimonio en todo o en parte se transmite al nuevo titular–, como punto de partida para la eficacia del acto traslativo.

d') *Modos de adquirir a título universal y a título particular*

Cuando la transferencia versa sobre una universalidad o sobre una parte alicuota (cuota-parte) de una universalidad, se denomina universal o a *título universal*. El adquirente es un causahabiente o sucesor a título universal. Quien transfiere es llamado *causante o autor*.[75] La adquisición a título universal no puede tener lugar sino *por causa de muerte*. Los modos de adquirir a título particular implican la transmisión de una fracción determinada del patrimonio de una persona (titular, causante) a otro sujeto (causahabiente o sucesor a título particu-

72. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 54.
73. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 191.
74. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 192.
75. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 55.

lar) que de ordinario no se sustituye en los deberes asumidos por el transmitente.[76]

B) *Pérdida del derecho de propiedad*

El ligamen de pertenencia puede cesar por mediación de un acto voluntario del titular (abandono, enajenación) o por causas extrañas a su voluntad (destrucción del bien, accesión continua, acciones revocatorias, decisión judicial y por ministerio de la ley).[77]

La extinción del dominio, por otro lado, puede verificarse para todos o sólo para su actual titular, trasladándose el derecho a otro sujeto.[78] La extinción *absoluta* se realiza por la destrucción material de la cosa, o por quedar esta última *fuera del comercio* ("destrucción jurídica"). La desaparición relativa del dominio obedece a alguna de las siguientes causales:[79]

a) Transferencia a un titular distinto por disposición de la ley (accesión, prescripción adquisitiva, ocupación de muebles abandonados);

b) Transferencia por efecto concurrente de la ley y de la voluntad de algún sujeto interviniente en la relación jurídica (adjudicación producida por remate judicial, retracto convencional);

c) Transmisión voluntaria del dominio (venta, donación, permuta);[80]

d) Destrucción de una adquisición anterior (a causa de nulidad, revocación, o resolución del acto fundante de la adquisición);

e) Renuncia (que supone la voluntad unilateral del titular de desprenderse de su derecho a favor de uno o varios sujetos identificados o identificables: caso típico de la repudiación de la herencia);

76. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 56.
77. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 282.
78. Castán Tobeñas, José: *Op. y loc. cit.*
79. Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, pp. 282 y 283.
80. La profesora Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro...*, p. 159), expone las formas de "terminación de la propiedad inmobiliaria así: a) Enajenación; b) Renuncia; c) Abandono; d) Perención del bien; e) Expropiación por necesidad o utilidad pública o interés social; f) Derecho de requisición de la propiedad particular. Advierte la autora la posibilidad de aumentar estos modos con la *usucapión* (que implica la pérdida del dominio para el anterior dueño), la *accesión*, la *confiscación* como pena accesoria aplicable al tráfico de estupefacientes, entre otros casos.

f) Abandono: intención abdicatoria y voluntaria de desprenderse del dominio por no querer seguir siendo propietario: *v.*, al respecto, Ley de Propiedad Horizontal, art. 12 (liberación de la obligación de satisfacer los gastos comunes. El apartamento abandonado se hace común a los propietarios restantes en proporción a los porcentajes que les corresponden sobre los bienes comunes. La decisión debe constar en documento registrado y notificada al administrador. Cabe señalar que el vocablo *abandono* utilizado en el dispositivo técnico puede traducirse como una verdadera *renuncia*. Menos discutible, en este orden de ideas, destaca la *ocupación* de bienes corporales que nunca han tenido dueño o dejaron de pertenecer a un titular que abdicó al dominio (*retro* Capítulo XI, N° 67).

g) Confiscación: Sanción aplicable a responsables de delitos cometidos al patrimonio público, al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes (Constitución Nacional, art. 116; Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, 18 de diciembre de 1982: art. 47; Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, de 5 de junio de 1996; artículos: 60, numeral 6, y 66).

BIBLIOGRAFÍA

Antequera Parilli, Ricardo: *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela.* Edit. Buchivacoa, Edo. Falcón, 1994.

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano.* 6ª edición. UTET, Turín, 1962.

Berger, Jean-Louis y otros: *Les biens.* LGDJ, París, 2000.

Borrel y Soler, Antonio María: *Derecho Civil español.* II. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1945.

Candián, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado.* Traducción, Blanca P. L. de Caballero. EJEA, Buenos Aires, 1961.

Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral.* II. 9ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge.* Tomo V.

De Serpa Lopes, Miguel María: *Curso de Direito Civil.* Tomo VI. Liv. Freitas Bastos, Río de Janeiro.

Diniz, María Helena: *Curso de Direito Civil brasileiro.* Vol. IV, Direito das Coisas. 13ª edición. Ed. Saravia, Sao Paulo, 1997.

Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español.* II. 2ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Fairen Martínez, Manuel: "La propiedad: teoría de errores". En *Revista de Derecho Privado,* febrero de 1963, pp. 126 y ss.

Ferranti, Ferrante: *Il libro della proprietà con le disposizioni d'attuazione e transitorie.* Milán, 1951.

Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación.* Traducción, Florentino M. Torner. Fondo de Cultura Económica, México, 1966.

Goldschmidt, Roberto: "La Ley sobre el Derecho de Autor de 1962". En *Revista del Ministerio de Justicia,* N.º 45, Caracas, 1963, pp. 27 y ss.

Hedemann, Justus W.: *Derecho de Cosas.* II. Traducción, José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Hung Vaillant, Francisco: *Algunos aspectos de la protección del derecho de autor en Venezuela.* Publicaciones del Instituto de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965.

Ionasco, Aurelian: "Les types et les formes de proprieté en droit socialiste". En *Rev. Internationale de Droit Comparé,* N.º 3, 1969, pp. 499 y ss.

Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* II-4. Traducción, Luis Alcalá Zamora y Castillo. EJEA, Buenos Aires, 1960.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomos II y III. Traducción, Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1954.

Perlingieri, Pietro: *Introduzione alla problematica della proprietà.* Jovene, ed., 1971.

Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes).* Traducción, José M. Cajica, Jr., Editorial José M. Cajica, Puebla, México, 1955.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil.* III, (Derecho de Cosas). Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953.

Puig Peña, Federico: *Introducción al Derecho Civil.* 2ª edición. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1942.

Rotondi, Mario: *Instituciones de Derecho Privado.* Traducción, Francisco E. Villavicencio. Editorial Labor, Barcelona, 1953.

Salvi, Cesare: *Il contenuto del diritto di propietà.* Giuffre, ed., Milán, 1994.

Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano.* Tomo II. Gráficas Sebastián, Madrid, 1953.

Sanso, Benito e Hildegard Rondón de Sanso: *Estudios de Derecho Industrial.* Vol. XXXV. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965.

Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile.* 14ª edición. Cedam, Padua, 1964.

Uzcátegui Urdaneta, Mariano: "Visión jurídico-económica de la propiedad industrial en Venezuela". En *Revista de la Facultad de Derecho,* Universidad de Carabobo, enero a diciembre de 1965, pp. 257 y ss.

Capítulo IX
Estudio de la accesión

55. PRELIMINAR

Por motivaciones de orden técnico, las siguientes secciones, destinadas al planteamiento de los diversos problemas sugeridos por la accesión discreta, deberían hallarse ubicadas en el capítulo relativo a la clasificación jurídica de las cosas, o en el sector correspondiente a los diferentes significados que se atribuyen al derecho de goce como facultad inherente al dominio. La tradición doctrinal conduce, sin embargo, a tomar contacto con la accesión discreta a propósito del estudio de los modos de adquirir. Tal anomalía queda conjurada parcialmente a raíz de las críticas formuladas por la doctrina actual (*infra*, N.° 57) y en virtud de las remisiones temáticas que en cada caso serán adoptadas. Una futura reforma del Código Civil deberá acometer la tarea primaria de colocar –más precisamente– el derecho sobre los frutos y productos, como manifestación objetiva del dominio y de otras situaciones jurídicas, en el molde que lógicamente le corresponde.

56. CONCEPTO Y ESPECIES DE LA ACCESIÓN

Uno de los caracteres fácilmente perceptibles del dominio consiste en el reconocimiento de que los incrementos o aumentos que la cosa experimenta no provocan, coetáneamente, la alteración del derecho mismo. Tales añadidos penetran en el patrimonio sólo como valores pecuniariamente apreciables y sometidos a la esfera de disposición del titular.

Los incrementos a que responde el orden de ideas precedentes, se agrupan bajo el nombre genérico de *accesión* (de "ad", hacia y "cedere", aproximarse).

Castán Tobeñas[1] ha elaborado el siguiente concepto genérico de la accesión: "Se llama accesión el derecho en virtud del cual el propietario de una cosa *hace suyo todo lo que ésta produce o se le une o incorpora natural o artificialmente*", criterio que se ajusta a la definición del artículo 353 del Código Civil español. Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que también algunos titulares de derechos reales limitados de goce, están facultados para extender los poderes que ejercitan a los frutos o a las anexiones. Incluso tal potestad es, en ocasiones, reconocida a determinados titulares de derechos de crédito.

El concepto elaborado por Castán Tobeñas alude, claramente, a dos tipos de accesión:

A) *La accesión discreta (accesión por producción, accesión en sentido impropio)*, que se origina por un movimiento de dentro hacia afuera.[2] En este caso, el bien se destaca de otro del que forma parte integrante. La cosa accesoria pertenece al titular del bien que la genera. En este receptáculo encajan los *frutos* y los *productos* (Código Civil venezolano, artículo 552).

Tratándose de una facultad atribuida al propietario, puede éste recoger los frutos engendrados por la cosa o abstenerse de hacerlo. Cuando el propietario llega a *apropiarse* de los frutos, la nota de "uso" que se añade al dominio se transforma en "goce", aun cuando en la práctica resulta difícil señalar los linderos entre estos atributos.[3]

1. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*, II, 9ª edición, 1957, p. 233.
2. Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, p. 233.
3. La doctrina tradicional proyecta en dos sentidos diversos el término goce: a) En sentido amplio abarcaría tanto el uso como la facultad de disposición de los bienes integrados

B) *La accesión continua (accesión por unión, accesión por incorporación)*, se origina por la incorporación de una cosa (accesoria) a otra, bien por obra del propietario, bien por influjo de un hecho natural, y comprende dos subtipos básicos:

a) *La accesión continua inmobiliaria, a su vez ramificada en: accesión inmobiliaria en sentido vertical* (construcción o plantación en suelo propio con materiales ajenos, construcción o plantación en suelo ajeno con materiales propios, y construcción o plantación en suelo ajeno con materiales ajenos, a los que se agrega la ocupación de fundo ajeno por construcciones iniciadas en fundo propio), y *accesión inmobiliaria en sentido horizontal* (aluvión, avulsión, mutación de cauce y formación de isla).[4]

b) *La accesión continua mobiliaria*, que se verifica con relación a los bienes muebles.

57. PROBLEMÁTICA DE LA ACCESIÓN

En doctrina se plantean dos órdenes de problemas diferentes respecto de la accesión en general y con relación a la accesión discreta en particular.

La naturaleza jurídica de la accesión ha llegado a ser uno de los problemas más discutidos en doctrina. Se trata de conocer si la accesión *representa un modo de adquirir el dominio*. La diversidad de criterios, a nuestro modo de ver, se localiza en razón directa del tratamiento que, en los diferentes ordenamientos positivos, se imparte a la cuestión.

Las tesis debatidas pueden agruparse así:[5]

A) *Los romanistas* valoran la accesión como uno de los modos de adquirir el dominio.

B) Demolombe, Ricci y Valverde, entre otros, afirman que la accesión es una simple *facultad o extensión del dominio*. Cestau ha llevado más lejos la cuestión al asegurar que la accesión se distingue de

al patrimonio; b) En sentido estricto el goce implicaría el derecho de obtener por accesión los frutos y productos que la cosa engendra (Código Civil venezolano, art. 552).

4. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 770.
5. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, pp. 235 y ss.

las otras formas de adquirir el dominio (ocupación, prescripción adquisitiva, tradición, etc.) en los que juega un papel evidente la voluntad humana. En la orilla opuesta, en el mecanismo de la accesión no interviene la voluntad humana (yo adquiero la cosa que se une a otra que me pertenece sin que mi voluntad concurra a esta resultante). Por ello, dado que la accesión es una manifestación del derecho de propiedad, *el resultado de la fuerza atractiva de la misma,* es considerada por muchos tratadistas y disciplinada en ciertos textos positivos, como una consecuencia del derecho de propiedad o, en otros términos, "como un derecho *totalmente contenido* en el derecho de la propiedad".[6] Si el incremento producido por la accesión no ha de recaer sobre una *cosa nueva,* perfectamente delimitada, puede ser considerada, como lo hace el Código Civil español, como una verdadera *"extensión objetiva de una propiedad ya existente"*.[7] Mas la accesión es un concepto que envuelve fenómenos de la más diversa naturaleza y contextura. Media una notable diferencia entre el incremento que, por ejemplo, recibe un fundo por el aluvión, y la adquisición de una nueva cosa en concepto de fruto separado.[8]

C) Consideraciones como la precedente han abierto cauce a una tercera postura *(transaccional o ecléctica),* para la cual la accesión *continua* constituye un *modo originario* de adquirir la propiedad, en tanto que la accesión discreta vendría a ser una mera extensión objetiva del dominio (Brugi, De Ruggiero, Stolfi, entre otros).[9]

Estas diversas tendencias, en especial las dos contrapuestas, se reflejan con rasgos sobresalientes en los diversos Códigos actualmente en vigencia. La accesión constituye un modo de adquirir el dominio en el Código Civil italiano de 1942,[10] en el Código Civil urugayo,[11] en el

6. Cestau, Saúl: *Modos de adquirir el dominio (ocupación y accesión),* p. 99.
7. *Cfr.* Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil,* III, pp. 215 y 216; Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil,* II, p. 96.
8. Puig Brutan, José: *Fundamentos...,* III, p. 215.
9. Puig Brutan, José: *Fundamentos...,* III, p. 215; Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español,* II-1, p. 64.
10. Artículo 922: "La propiedad se adquiere por ocupación, por invención, por *accesión,* por especificación, por unión o conmixtión, por usucapión, por efectos del contrato, por sucesión a causa de muerte y en los otros modos establecidos en la ley".
11. Los modos de adquirir son: la ocupación, la *accesión,* la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Este mismo texto positivo añade que los títulos de adquirir sólo producen efectos personales, esto es, derechos a la cosa *(ad rem).* El Código

Proyecto Acevedo del Código Civil para la República Oriental del Uruguay, en el Código Civil argentino (art. 2.524), en el Código Civil chileno (art. 643), en el Código Civil portugués (art. 1.316) y en el Código Civil brasileño.[12] El BGB. y el Código Civil suizo distinguen según se trate de bienes muebles o de bienes inmuebles. En Alemania los inmuebles se adquieren mediante transmisión por negocio jurídico (consentimiento de transmisión e inscripción), por sucesión universal, por usucapión, por apropiación de fincas *nullius,* por subrogación real en ciertos casos y por actos del Estado. Los *bienes muebles* se adquieren por tansmisión de la propiedad existente en virtud de los negocios jurídicos, por sucesión universal, por usucapión, por apropiación de cosas *nullius,* por *unión, mezcla, especificación e incorporación* a un inventario, por separación o toma de posesión en virtud de un derecho a adquirir partes integrantes de una cosa, por efecto del silencio de los propietarios de cosas encontradas o arrojadas por el mar a las playas, por hallazgo del tesoro, por subrogación real en ciertos casos y por acto del Estado.

La redacción del artículo 796 del Código Civil venezolano no autorizaría, en principio, la colocación de la accesión dentro de los modos de adquirir. Sin embargo, la propia norma sitúa entre los moldes idóneos para condicionar tal consecuencia a la *ley.* Ello favorece un planteamiento similar al que suministra la teoría transaccional, esto es, considerar la *accesión discreta* como *extensión objetiva* del derecho de propiedad, y la *accesión continua* como *forma de adquirir el dominio.*[13]

Tratándose de la accesión discreta, lo característico es el poder preexistente que, por la producción de frutos, se prolonga y extiende a éstos. Quien adquiere en virtud de la accesión discreta, lo hace en razón de un derecho sobre la cosa productiva y no de un nuevo título.

Civil uruguayo sigue al respecto el proyecto García Goyena. No separa los modos de adquirir la propiedad de los bienes muebles e inmuebles, lo que según Cestau (*Op. cit.,* p. 7) denota carencia de un criterio sistemático y deficiencia técnica.
12. La propiedad se adquiere por transferencia del título en registro de inmuebles, por accesión, por usucapión y por el derecho hereditario, y los muebles pueden adquirirse por ocupación, por especificación, por conmixtión, por usucapión y por tradición.
13. La discusión ha llegado a ser bizantina, según Albaladejo, dada esta fórmula solutiva (*Cfr. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Cosas,* p. 187).

58. EXAMEN DE LA ACCESIÓN DISCRETA (ACCESIÓN IMPROPIA. ACCESIÓN POR PRODUCCIÓN)

Como lo expresa en términos genéricos la doctrina, la accesión discreta se caracteriza por la adquisición de todo aquello que las cosas producen, en virtud de sus propias fuerzas, o por la aplicación normal del derecho de propiedad en virtud de una relación jurídica.

El derecho de propiedad resultaría estéril y faltaría el atributo del goce, si el titular careciera de la facultad de aprovechar directamente los frutos y productos que el bien puede generar, o concederlos a un tercero, quien –en este caso– quedaría dotado de la posibilidad de integrarlos a su patrimonio.[14]

La accesión no es propiamente una causa que aumente la cosa fructífera, aun cuando la producción de los frutos, al incidir en el patrimonio, representa una suma de elementos económicamente valorables que refuerzan el activo.

Por otra parte, la accesión discreta no es un modo de adquirir el derecho de propiedad, en el sentido de que el titular del derecho sobre la cosa fructífera no se hace propietario de un bien nuevo, sino que se limita a utilizar económicamente los frutos por aplicación normal de su derecho, como extensión objetiva del mismo. El propietario de la cosa fructífera lo es, también, de los frutos y productos de ésta.[15] La relación entre la cosa madre y los frutos no es de subordinación sino de *generación*, por lo que resulta inadecuado aplicar el principio *"accesorium sequitur principale"* a la accesión por producción.[16]

59. FRUTOS Y PRODUCTOS

La radical diferencia establecida por la teoría tradicional entre estos términos, procede de la definición atribuida a cada uno de ellos. Así,

14. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 237.
15. Con igual argumentación y sobre el mismo peldaño crítico en orden a la construcción terminológica del Código Civil mexicano, véase Rojina Villegas, Rafael: *Compendio...*, II, p. 102.
16. *Cfr.* Albaladejo García, Manuel: *Instituciones...*, cit., p. 188.

fruto "es todo aquello que la cosa produce periódicamente y sin disminución o destrucción sensible de su sustancia", de lo cual derivan las notas básicas constitutivas del "fruto":

a) *Periodicidad en la producción.*

b) *No alteración o disminución de la cosa fructífera.*

Por oposición, *producto* "es todo aquello que la cosa engendra, pero en forma *no periódica*, o con *disminución o detrimento* sensible de la cosa". Ejemplos típicos de frutos serían, por tanto, las frutas de un árbol y las crías o partos de los animales; y de productos, las piedras o minerales extraídos de una cantera.

El sistema positivo venezolano incluye en la denominación genérica de *frutos* ambos conceptos (CC., art. 552, segunda parte), por lo cual carece de interés práctico la distinción aludida. Muchas normas particulares, además, se refieren indistintamente a frutos y productos, utilizándolos como sinónimos: de este modo, en la enfiteusis (art. 1.572) y en el derecho reconocido al usufructuario de aprovecharse de entidades económicas apreciables como frutos o como productos, según la diferenciación tradicional.

En lo que atañe a los criterios empleados para la delimitación del concepto de fruto (periodicidad, separabilidad y reproductibilidad), Biondi ha formulado un conjunto de observaciones que deben ser cuidadosamente valoradas a los fines de construir una definición sustitutiva, capaz de sugerir una idea cabal acerca de su naturaleza.[17]

a) La *periodicidad* en la producción no tiene carácter absoluto. Puede prolongarse "en un largo espacio de tiempo, como en el caso del monte tallar, pero puede también faltar en el caso de las minas", en la obtención de la cosecha de un fundo o en los partos de los animales.

b) Tampoco es absoluto el carácter de *separabilidad material o jurídica* de modo que el fruto "pueda constituir objeto de relaciones distintas sin destruir la cosa madre". La simple observación de ciertos bienes fructíferos que mueren al producirse los frutos, o que deben ser destruidos para realizar mejor la recolección de los mismos, basta para desmentir la pretendida nota calificadora de la doctrina tradicional.

17. Biondi, Biondo: *Los bienes*, pp. 234 y ss.

c) No es general, tampoco, la nota de *reproductibilidad:* "posibilidad de que el fruto reproduzca exactamente la cosa madre o que el fruto se reproduzca, aun sin producir la cosa madre". Esa característica se localiza en algunos frutos naturales, mas no representa una constante. Así, no se presenta en los minerales de una cantera ni en las frutas híbridas. La reproductibilidad tampoco se verifica en los frutos civiles, de ordinario.

Biondi propone como noción general comprensiva de la de fruto, el concepto de *"rédito normal"*, esto es, la producción conforme al destino de la cosa: "Es posible que una producción tenga lugar con regularidad, pero sin embargo no es fruto, cuando esto no sea conforme al común destino económico de la cosa".[18] La noción de fruto, contemplada como el rédito normal de una cosa, permite situar al margen de la misma: los incrementos que la cosa adquiera por accesión, el tesoro, el mayor valor que los bienes puedan adquirir por vicisitudes monetarias o del mercado y todo aquello que sustituye a la cosa en concepto de indemnización por destrucción o expropiación.[19]

A) *División de los frutos*

El artículo 552 del Código Civil ha mantenido la división dual de *frutos naturales y frutos civiles.* A esta clasificación, algún sector de la doctrina ha agregado la de *frutos por decisión de la ley.* Pero si se admite como criterio unificador la definición de los frutos ofrecida al comienzo, la misma debe ser entendida de modo aproximativo,[20] como podrá constatarse en las siguientes secciones:

a) *Frutos naturales*

En efecto, dentro del orden de ideas de la teoría tradicional, *fruto natural* es todo aquello que la cosa produce *periódicamente,* sin disminución o alteración de su sustancia, por el solo efecto de la naturaleza o por la intervención, más o menos pronunciada, de la industria del hombre.

En nuestro sistema positivo carece por completo de interés la discriminación clásica entre frutos naturales y *frutos industriales,* tanto así

18. Biondi, Biondo: *Los bienes,* p. 236, y Montel, Alberto: Voz "Frutti (Diritto Civile)", en *Novíssimo Digesto italiano,* tomo VII, p. 668.
19. *V.,* ampliamente, Biondi, Biondo: *Los bienes,* pp. 236 a 238.
20. Montel, Alberto: *Op. cit.,* p. 667.

que el propio artículo citado no separa este último tipo como categoría especial (no sucede lo mismo en el Código Civil uruguayo, por ejemplo: "Los productos de las cosas son frutos naturales, industriales o civiles", art. 732).

Ajustándose a este lineamiento, no serán frutos naturales el tesoro, las *res nullius* que se encuentren en un fundo, los productos de la caza y de la pesca, etc. *(infra,* Capítulo XI).

b) *Frutos civiles*

"Son las *sumas de dinero* que la cosa produce periódicamente, bien sea ésta explotada directamente por su propietario, bien sea que el propietario confíe a otra persona la cosa", percibiendo por ello *ganancias periódicas.*[21] Con ello se quiere significar que las entidades colocadas en este rubro, no son propiamente *frutos de la cosa* comparados a los de la especie precedente, sino –sobre todo– consecuencias de la constitución de una relación jurídica sobre ella, por lo que su percepción surge con ocasión de la relación jurídica misma.[22] Los frutos civiles, en otros términos, no representan productos de la cosa madre, sino resultantes de una relación jurídica que versa sobre ella.

De este modo, son frutos civiles: los intereses de los capitales, los cánones de las enfiteusis, los cánones de arrendamiento y las pensiones de las rentas vitalicias (Código Civil, art. 552, aparte 2), el rédito obtenido por la labor que presta un animal, los dividendos de acciones de una sociedad anónima; pero no los premios de lotería o las sumas provenientes de créditos sorteables, ni las cantidades debidas por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios,[23] ni los fondos de reserva de una compañía, ni los intereses moratorios que cumplen función resarcitoria, en las obligaciones de pagar sumas de dinero.

La enumeración de los frutos civiles a que alude el artículo 552 del Código Civil –al igual que la de los frutos naturales– es meramente *enunciativa.*

21. Montel, Alberto: en *Novíssimo Digesto italiano,* tomo VII, p. 668.
22. Montel, Alberto: Voz "Frutti", en *Nuovo Digesto italiano,* vol. VI, p. 146. En el sistema jurídico italiano actual, los frutos civiles son aquellos que se obtienen de la cosa como contraprestación del goce que otro deriva de ella (Código Civil de 1942, art. 820, ap. 1).
23. Montel, Alberto: Voz citada, en *Nuovo Digesto italiano,* vol. VI, p. 146.

c) *Los llamados "frutos por decisión de la ley"*

Para los autores que acogen la trilogía apuntada, los frutos por decisión de la ley serían verdaderos productos, que la ley trata como *frutos* a los fines de los derechos del *usufructuario.*

Tal concepción responde a la tendencia de atribuir al usufructuario únicamente los frutos y no los productos. La asimilación de ciertos productos a la categoría de frutos, en consecuencia, permitiría su adquisición por el titular del derecho real. De este modo, aunque su percepción entrañara una pérdida en la sustancia de la cosa productiva, siendo objeto de una explotación organizada al comienzo del usufructo, se permitiría una conciliación entre el núcleo de normas que organizan el usufructo y la definición tradicional del "producto".

Los frutos por decisión de la ley serían:

a) El monte alto (CC. venezolano, art. 592);

b) Los productos de las minas o canteras en explotación al tiempo de comenzar el usufructo (CC., art. 599).

Ahora bien, si se acepta la total asimilación normativamente practicada de los frutos y los productos (CC., art. 552), carecería de objeto una discriminación semejante. Si el sistema positivo regula en forma especial tanto el aprovechamiento del monte alto como el de los minerales de las canteras en producción, ello obedece a la necesidad económica de conciliar los intereses del nudo propietario y del usufructuario con referencia a una especie singular de bienes.

B) *Momento en que se produce la adquisición de los frutos*

Los frutos *naturales,* en tanto no hayan sido separados de la cosa que los engendra, se consideran parte de ella, y por tanto, privados de autonomía jurídica particular.[24]

En el sector de la teoría clásica se entiende que la adquisición de los frutos naturales, no se verifica sino en el momento de producirse su separación de la cosa madre. Sin embargo, si se considera que la accesión discreta constituye únicamente una extensión objetiva del dominio, sería más ajustado a la realidad aceptar que el titular ejercerá derechos sobre ellos, no en virtud de la separación, sino en razón del ejercicio normal de las facultades ínsitas al dominio. En este orden de ideas, los frutos naturales pertenecen al propietario de la cosa madre "y son adquiridos por él sin necesidad de que realice actos de *separación*".[25] Con la *separación* (desprendimiento y recolección), los frutos naturales son dotados de autonomía jurídica, derivado de gran importancia si están atribuidos a otro sujeto que sea centro de la gestión productiva (arrendatario, usufructuario, por ejemplo).[26]

En cuanto a los *frutos civiles,* la doctrina sostiene que para su adquisición, es suficiente, que el titular del derecho se encuentre investido del *disfrute* para el momento en que el rendimiento patrimonial se verifica. Tales frutos, en razón de ello, deben atribuirse al titular en proporción a la duración del disfrute.

El artículo 552, aparte final, del Código Civil, preceptúa que los frutos civiles se reputan adquiridos *día por día.* El sentido de esta expresión debe entenderse sujeto al contenido de los convenios que los particulares celebren, por actuación de la autonomía privada (en virtud de los cuales, la percepción de los frutos provenientes de la relación vinculante que versa sobre la cosa, sería concebible en plazos de mayor duración: una semana, una quincena, un mes) como a la posibilidad de que, por cada día transcurrido, el patrimonio del sujeto con derecho a los frutos experimente un incremento. Según esta última vertiente, si bien la voluntad de los particulares torna *exigibles* los frutos sólo cuando se haya cumplido el término fijado en la relación jurídica creada, la *disponibilidad* sobre los mismos sobrevendría al cumplirse el lapso a que alude la norma precitada. Desde este ángulo, la transmisión de la cosa que constituye el objeto de la relación jurídica, en virtud de la cual el titular tiene derecho a los frutos, a un sujeto distinto –sin que medien reservas contractuales sobre el particular–, trasladaría también al nuevo titular la facultad de hacer suyos los frutos aún no percibidos, hasta el cumplimiento del término pactado.[27]

24. *Cfr.* Barassi, Lodovico: *Diritti reali e possesso,* vol. I, Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1952. Messineo, por el contrario, se inclina por la tesis para la cual los frutos pendientes deben ser considerados cosas por sí mismos (*Manual de Derecho Civil y Comercial,* II, p. 315).

25. Messineo, Francesco: *Manual...,* II, p. 314.

26. *Cfr.* Montel, Alberto: *Novíssimo Digesto..., Op. cit.,* p. 669. En el sistema normativo italiano actualmente vigente los frutos pendientes pueden formar objeto autónomo de negocios jurídicos como cosas futuras.

27. Tal fue el criterio acogido en la Sentencia de la Corte de Casación de 9 de abril de 1958 (*Gaceta Forense,* 2ª etapa, N.° 20, pp. 29 y ss.): "Si sólo el derecho de propiedad sobre

C) *Titulares de los frutos*

Un somero examen de los dispositivos técnicos contenidos en el Código Civil venezolano, autoriza la formulación del siguiente esquema relativo a los sujetos con derecho a los frutos:

a) La titularidad sobre los *frutos naturales* corresponde normalmente al propietario de la cosa que los genera (cosa madre) (Código Civil venezolano, art. 552, aunque esta norma –correspondiente a una superada conceptuación– los conecta al propietario por "derecho de accesión"). En forma semejante, le están atribuidos los *frutos civiles* a otro sujeto, cuando el propietario ceda el bien-capital, en cumplimiento del deber creado por una relación jurídica que faculta a éste para detentar la cosa ajena.

b) El *poseedor de buena fe* hace suyos los frutos de la cosa objeto de la posesión y, no está obligado a restituir sino los que hubiere percibido después de que haya sido notificado legalmente de la demanda (Código Civil, art. 790, y *retro*, Capítulo VI, N.° 39, A).

c) *El titular de un derecho real sobre la cosa ajena*, susceptible de producir, como consecuencia, y a favor del titular, la obtención de

el fundo que ha de producir los frutos basta para embargar éstos antes de ser percibidos, también debe bastar para suspender ese embargo la prueba de que *antes de producirse esos frutos o intereses, ya el fundo era de otro dueño*, a quien por derecho de accesión corresponde percibirlos [...] Lo importante es que, por la venta, el nuevo dueño pasa a ser el arrendador con derecho a percibir los alquileres futuros, y no puede seguir siendo acreedor de éstos el vendedor, salvo que en el contrato se hubiere hecho expresamente tal reserva". La doctrina fue íntegramente asimilada en la Sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 10 de mayo de 1960 (*JTR.*, VIII, 1960, p. 313, N.° 1): "...Si el demandado transfiere la propiedad del inmueble arrendado cuyas pensiones han sido embargadas, el comprador pasa a ocupar el lugar del antiguo propietario, incluso con el carácter de arrendador como lo dispone el artículo 1.605 del Código Civil...". En una situación como la que se analiza, no subsistirá la medida de embargo practicada sobre los cánones de arrendamiento del inmueble una vez que haya salido del patrimonio del demandado. La Sentencia de la Casación venezolana, de 9 de julio de 1993 (*v.*, en *Jurisprudencia...*, de Oscar Pierre Tapia, vol. 6, 1993, p. 121), destaca el carácter *supletorio* de la norma contenida en el último aparte del artículo 552 CC. Esta regla "no constituye una norma de orden público sino, al contrario, ella es de *carácter supletorio* [...] solamente tiene aplicación en los casos de frutos civiles para cuya percepción nada se diga en el pacto contractual".

frutos (por ejemplo, en el usufructo: CC., art. 585; en el uso: CC., 624, aunque de modo ostensiblemente más limitado).[28]

d) El derecho a los frutos deriva, a veces de una *relación obligacional* que confiere a un sujeto la facultad de hacerlos suyos (por ejemplo, en el arrendamiento de predios rústicos: arg. CC., arts. 1.622 y 1.626).

e) Las personas que han recibido los bienes integrantes de la sucesión del ausente, mientras éste no se presente o no sean intentadas las acciones que le competen, siempre que hubieren percibido de buena fe los frutos (Código Civil, art. 444). Pero la persona que, mientras subsista la posesión provisional de los bienes del declarado ausente, demuestre tener un derecho superior o igual al poseedor actual –pese a que puede excluirle a asociarse a él–, no tiene derecho a los frutos sino desde el día en que se proponga la demanda (Código Civil, art. 430).

D) *Derecho al reembolso de gastos*

El artículo 553 del Código Civil venezolano (CC. italiano de 1865, art. 445; CC. italiano de 1942, art. 821, aparte 2) coloca a cargo de la persona que recoge los frutos el deber de reembolsar los *gastos necesarios* de semilla, siembra, cultivo y conservación que haya hecho un tercero (no el usufructuario, por disponerlo así el art. 586, última parte). Tal precepto normativo ha sido tradicionalmente considerado como unido a la *acción reivindicatoria* promovida por el propietario contra el poseedor de un bien fructífero. Descansa ese punto de vista en la circunstancia, de que las relaciones provenientes de un nexo contractual existente entre el propietario y la persona que eroga ciertas sumas para la recolección y conservación de los frutos, dependerán del contrato mismo y nunca del citado artículo.[29] Jurídicamente, por tanto, la regla se contrae a la obligación asumida por quien recoge los frutos frente al *tercero*, que ha aportado cantidades calificadas, como gastos necesarios en las actividades allí mencionadas, pero quien se halla obligado a restituir los frutos. Ahora bien, el aserto de que la norma con-

28. El BGB., parágrafo 99, intercala entre los *frutos de una cosa* y los *frutos civiles*, la categoría de *frutos de un derecho*, que son los obtenidos en virtud de un derecho real o personal de goce. De ello se infiere que el concepto de "fruto de una cosa" queda restringido a los *frutos naturales* percibidos por el propietario.

29. *Cfr.* Pasquali, Gustavo: Voz "Accessione", en *Digesto italiano*, I-I, p. 298.

tenida en el artículo 553 disciplina un derecho del poseedor de *mala fe* exclusivamente, no corresponde en recto sentido a la realidad normativa, salvo que se admita sin discrepancias que la notificación legal de la demanda promovida contra el poseedor de buena fe, transforma automáticamente el estatuto de su situación posesoria en otro de signo opuesto (mala fe). Por consiguiente, si es cierto que el poseedor de mala fe puede exigir el reembolso de los gastos determinados en el artículo 553 –aún cuando debe restituir la totalidad de los frutos percibidos desde el inicio de su posesión–, el poseedor de buena fe (obligado sólo a restituir los frutos desde el día de la notificación legal de la demanda) puede exigir el reembolso de los gastos realizados por concepto de cultivo, recolección y conservación, aun en la hipótesis de restitución contemplada en el artículo 790 del Código Civil.

Para hacer efectivo el derecho al reembolso, el tercero no dispone, sin embargo, del derecho de *retención* (eficaz sólo respecto del poseedor de buena fe por las *mejoras* en las condiciones descritas por el art. 793, CC.), ni de una posible *compensación* con los frutos que eventualmente debió restituir al titular de ellos. La reclamación correspondiente sólo procedería por vía principal.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil.* II, (Derecho de Cosas). Librería Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.

Barassi, Lodovico: *Diritti reali e possesso.* Dott. A. Giuffre, ed., Milán.

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano.* I. 6.ª ed. UTET, Turín, 1962.

Biondi, Biondo: *Los bienes.* Traducción, Antonio de la Esperanza Martínez Radio. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961.

Carrejo, Simón: *Derecho Civil.* II. (Bienes-Derechos Reales). Publicaciones de la Universidad Externado de Bogotá, Bogotá, 1962.

Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral.* Tomo II. 9.ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

Cestau, Saúl: *Modos de adquirir el dominio (ocupación y accesión).* Claudio García y Cía., Montevideo, 1937.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomo II. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Montel, Alberto: Voz "Frutti (Diritto Civile)". En *Novíssimo Digesto italiano,* tomo VII.

Pasquali, Gustavo: Voz "Accessione (Diritto de)". En *Digesto italiano,* I-1.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Dercho Civil.* III.

Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil.* II.

Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano.* Tomo II. (Reimpresión de la primera edición). Gráficas Sebastián, Madrid, 1953.



Capítulo X
La accesión continua

60. Concepto. 61. Tipología de la accesión continua. 62. Accesión inmobiliaria en sentido horizontal. 63. Examen de los diversos supuestos de la accesión inmobiliaria en sentido horizontal. 64. La accesión inmobiliaria en sentido vertical. 65. Accesión de bienes muebles.

60. CONCEPTO

La accesión continua (accesión propiamente dicha, o accesión por unión o incorporación) constituye, según la doctrina más extendida, un modo de adquirir el dominio. Sobre tal calificación no gravitan mayores dudas. Algunas figuras singulares de la accesión continua, pueden ser estudiadas como meras extensiones objetivas del derecho de propiedad si desaparece, o se minimiza, la noción de cosa accesoria. Los casos concretos (*infra,* N.° 63) permitirán descubrir la validez de este aserto.

La accesión continua se verifica por la unión o incorporación de una cosa a otra, de modo inseparable (física o jurídicamente).

Como satisfactoria puede recibirse la definición de Diego Espín Cánovas: "La adquisición de la propiedad sobre lo que se une o incorpora, natural o artificialmente, a una cosa nuestra, en *calidad de accesorio* y de un modo inseparable".[1] Dotada de este rango, la accesión pre-

1. Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil,* II, p. 114; en la misma dirección, v., Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes),* p. 255, N.° 2.717.

supone que el derecho de propiedad tanto sobre la cosa (principal) como sobre la entidad que se une a ella, se encuentren, en principio, distribuidos en sujetos diversos. Una vez verificada la accesión, constituyen un todo.[2]

61. TIPOLOGÍA DE LA ACCESIÓN CONTINUA

La noción arriba descrita, autoriza la formación del siguiente cuadro con los tipos fundamentales de la accesión:

A) *La accesión inmobiliaria en sentido horizontal*

Conocida en algunos sectores de la doctrina como "accesión natural en bienes inmuebles", se verifica, por lo regular, por la fuerza de las aguas, pero pueden originarla otros fenómenos telúricos (deslizamientos del terreno, movimientos sísmicos), aun cuando tales acontecimientos ocurran con menor frecuencia.[3]

B) *La accesión inmobiliaria en sentido vertical*

Dentro de esta especie (también estudiada bajo la denominación de "accesión artificial o industrial"), la actividad del hombre, o su industria, determinan la enunciación de reglas esencialmente diversas.

C) *La accesión mobiliaria* (incorporación o unión de un bien mueble a otro bien de la misma categoría).

62. ACCESIÓN INMOBILIARIA EN SENTIDO HORIZONTAL

La especie comprende las formas tradicionales recogidas en los diferentes textos positivos: *aluvión, avulsión, mutación de cauce y formación de isla.*

La teoría tradicional –y el propio Código Civil venezolano– agrega a estos módulos *el paso de animales de un vivero a otro* (art. 570).

2. Por ello difícilmente encajan en la figura algunos de los tipos analizados en este mismo capítulo.
3. *Cfr.* Borrel y Soler: *Derecho Civil español,* II, p. 223.

La catalogación, no obstante, resulta criticable ante la duplicidad que, con relación a un mismo supuesto, puede generar otro dispositivo técnico (CC., art. 799), ubicado en el capítulo que disciplina la ocupación como forma de adquirir el derecho de propiedad.

63. EXAMEN DE LOS DIVERSOS SUPUESTOS DE LA ACCESIÓN INMOBILIARIA EN SENTIDO HORIZONTAL

A) *Aluvión*

"Es el incremento que los fundos *colindantes con los ríos* o arroyos reciben paulatinamente por efecto de las corrientes de las aguas" (fundamentalmente es esa la definición contenida en el art. 561 CC.).

La mayoría de los tratadistas coincide en señalar un basamento de *utilidad o necesidad* de la atribución, a los propietarios de las riberas, del dominio sobre los sedimentos que, por la acción sucesiva e imperceptible de las corrientes de las aguas, se incorporan a esas riberas. Tal razonamiento se aproxima a otro, que parte sustancialmente del interés que para las actividades agrícolas, ofrece una consecuencia del género disciplinado en el artículo 561, CC.

Similar resultante se conecta a la hipótesis de los terrenos descubiertos por el agua corriente que, imperceptiblemente se retira de una de las riberas sobre la otra (forma impropia del aluvión) (art. 562, CC. –a excepción de los terrenos abandonados por el mar–), y de los terrenos descubiertos por la disminución natural de las aguas de lagunas o estanques (CC., art. 563). Esta última norma establece una *consecuencia jurídica* diametralmente diversa de la consagrada en el artículo 367 del CC. español.[4]

a) *Condiciones necesarias para la adquisición*

a') *Que se trate de fundos situados a orillas de ríos o arroyos.* No se produce la accesión por aluvión cuando el fundo esté separado del río o arroyo por un camino, canal u otra construcción, aun cuando se encuentre en la inmediación de aquél. Es, sin embargo, indi-

4. Código Civil español, artículo 367: "Los dueños de las heredades confinantes con estanques o lagunas, no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inunden en las crecidas extraordinarias".

ferente la conformación del sedimento que se deposite (piedras, arena, residuos vegetales, etc.). Por otra parte, debe tratarse de una corriente de agua que forme un río o un arroyo.

b') *Que el incremento lo reciban los fundos paulatinamente.* Corresponde este hecho al *incrementum latens* del derecho romano. La característica apuntada excluye, por consiguiente, el traslado súbito de fracciones de un terreno arrancadas por obra de crecientes extraordinarias; supuesto que incide en el marco de la avulsión *(infra)*.

c') *Que el incremento se produzca por efecto de las corrientes de las aguas.* El "aluvión" alude, por tanto, al acrecentamiento paulatino de un fundo, por las agrupaciones naturales depositadas por las aguas corrientes del río o del arroyo. No se refiere –porque las consecuencias jurídicas resultarían también diversas– a los derechos de los propietarios de los fundos colindantes sobre el cauce abandonado por las aguas de un río.

El licenciado Luis Sanojo, al estudiar los artículos del Código Civil de 1873, correspondientes con pocas variantes a los actuales artículos 561 y 562, advierte la escasa importancia que reviste el hecho de que el río sea navegable.[5] Si es navegable o flotable (ríos del dominio público, por ejemplo), el dueño del terreno aluvional está obligado a *no impedir el uso* que al público le corresponde sobre el río.[6]

b) *Consecuencias de la formación del terreno de aluvión*

a') El terreno aluvional formado en las riberas de varios fundos colindantes, *se divide entre los ribereños* proporcionalmente al frente que sobre el río, tengan los respectivos fundos.

b') La doctrina dominante coincide al afirmar que el terreno aluvional *no es un nuevo predio*, en el sentido de que el régimen jurídico al que se halla sometido, queda trazado sobre los mismos lineamientos normativos que rigen el derecho del titular del fundo "primitivo". En este sentido: si el fundo ha sido vendido con pacto de retracto, el terreno aluvional incorporado durante el término convenido, ingresará al patrimonio del retrayente que entra en posesión de aquél, en virtud del ejercicio del retracto. Igualmente, el nuevo terreno quedará sometido a las servidumbres, usufructo, hipotecas y, en general, a todos los gravámenes que pesaban sobre el terreno "primitivo".[7] El derecho del *arrendatario* se extiende, también, al terreno aluvional o al abandonado por las aguas.[8]

c') Por último, el nuevo terreno se adquiere por prescripción con el fundo (primitivo), aunque la accesión se haya verificado poco antes de la consumación del término necesario para usucapir.

B) *Avulsión*

Es el *incremento* que experimenta un predio ribereño, no ya por la acción lenta y constante de las aguas, sino en razón de la acción violenta y transitoria de un río.

Por consiguiente, la avulsión se produce cuando una porción *reconocible de terreno* es segregada por la fuerza súbita de la corriente, llevándola a un fundo inferior o a una finca situada en la orilla opuesta (Código Civil, art. 564).

En este caso no se produce automáticamente la adquisición del derecho. La parte conocida sigue perteneciendo al antiguo propietario, quien puede *reclamar la propiedad dentro del año,* contado a partir del hecho generador. Después de este lapso de caducidad no se admitirá la demanda, a menos que el propietario del fundo al cual se ha adherido el terreno *no haya tomado posesión* del mismo.[9]

En nuestro Derecho Civil no se distingue, como en el español, *si la incorporación obedece a una superposición* o a una adición. En uno u otro caso, el dueño del terreno desprendido tiene derecho a reclamarlo, siempre que se conjuguen ciertas *condiciones:*

---

5. Con igual orientación, *v.*, Russo, Giacomo: Voz "Accessione (Diritto di)", en *Nuovo Digesto italiano,* I, p. 70.
6. Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano,* II. El Código Civil de 1873, comentado por Sanojo, preveía expresamente esta limitación (art. 460).
7. Por lo que Albaladejo *(Instituciones de Derecho Civil, II. Derecho de Cosas)* entiende que la accesión envuelve no sólo la adquisición del derecho de propiedad sino, también, de otros derechos (p. 93), a pesar de que admite que el lugar adecuado para su estudio se localiza, de modo preferente, en el sector de los modos de adquirir el dominio.
8. En contra, Russo, Giacomo: *Accessione,* p. 70.
9. Russo, Giacomo (*Loc. cit.,* p. 70), considera, por tanto, que la atribución del derecho de propiedad sobre la fracción del terreno está condicionada a la posesión y al transcurso del tiempo.

a) *Que el terreno arrancado sea importante y cognoscible.* Los tribunales estimarán la importancia, no según la extensión del fundo sino con relación a la porción en sí (Sanojo). Para que pueda conocerse la porción desprendida, es menester que haya conservado al menos su forma.

b) *Que la reclamación se intente dentro del año,* a menos que el propietario del fundo al cual se ha adherido no haya tomado *posesión de él.* En este sentido, Sanojo afirma que *no debe entenderse por posesión la simple cohesión,* que se haya verificado naturalmente entre el terreno desprendido y el fundo, ni el hecho de que hayan nacido o arraigado algunos árboles. Es preciso que el *propietario del fundo haya ejercido sobre la tierra agregada algún acto de dominio* como poseedor. Bastará un solo día de posesión para rechazar al demandante que haya dejado transcurrir un año para imponer su demanda.[10]

Si el propietario del terreno transportado se lleva la tierra o las plantas que se han unido al otro fundo, *estará obligado a indemnizar al propietario los daños ocasionados por la extracción, y la remoción del terreno arrancado.*

¿Qué ocurre cuando se trata de objetos diversos *que no son susceptibles de adherencia* natural? La mayoría de los autores consultados se pronuncia en el sentido de que rigen las normas referentes a las cosas perdidas.

C) *Mutación de cauce*

El estudio de esta forma particular de la accesión inmobiliaria en sentido horizontal, suscita dos problemas:

a) *El de la propiedad del cauce abandonado.*

b) *El de la propiedad del nuevo cauce o terreno invadido.*

El artículo 569 del Código Civil venezolano, aporta la solución básica al problema enunciado en primer término. Los cauces de los ríos que queden abandonados, por variar *naturalmente* el curso de los mismos, pertenecen a los propietarios de los fundos ribereños, en toda la longitud de sus respectivos frentes, hasta el medio del cauce (*v.* también, concordantemente, art. 539, párrafo final, CC.).

El abandono del cauce ha de ser *completo,* total y cumplirse en la misma unidad de tiempo o en un período que, aproximadamente, pueda comprenderse dentro de la misma unidad. De lo contrario, resultarían aplicables otras normas, en particular el dispositivo que regula la propiedad de los terrenos descubiertos al retirarse las aguas de una de las riberas. Por lo demás, la adquisición del cauce abandonado no está subordinada a la ocupación o al ejercicio de actos posesorios determinados.[11]

Los Códigos Civiles *francés* y *holandés* consagran una tesis contraria. Establecen una especie de compensación, atribuyendo la propiedad del cauce abandonado a los dueños de los fundos invadidos. En Francia, sin embargo, la Ley de 8 de abril de 1898 sobre el *régimen de las aguas* (ref. art. 563 del Código Civil) corrigió esta regla. Según el texto actual, los propietarios reciben como indemnización el precio proveniente de la venta del antiguo cauce.[12]

Por lo que respecta a la propiedad del nuevo cauce, tratándose de un río *navegable o flotable,* ingresa en el dominio público y su utilización no podrá ser interferida por las pretensiones de los propietarios de los fundos invadidos (arg. art. 88 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 14 de diciembre de 1965). En las hipótesis de ríos no aptos para la navegación, el nuevo cauce pertenecerá a los dueños de los fundos atravesados por sus corrientes (arg. art. 90 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas: "El Ejecutivo Nacional no otorgará concesiones de aguas de ríos que nazcan en un fundo de propiedad privada, ni se le impedirá al propietario disponer de ellas mientras no lesione derecho de terceros o constituyan un peligro para la salud pública". No obstante, se excluyen las concesiones de aprovechamiento de aguas con fines de Reforma Agraria, las cuales quedan sujetas a la expropiación de los terrenos. (El mismo artículo preceptúa que no podrán otorgarse concesiones de aguas de ríos, ni aun después de su salida del fundo donde nacen, con perjuicio de la facultad que el artículo 653 del Código Civil confiere al propietario).

10. Si la toma de posesión se verifica, el propietario de la porción desprendida puede reivindicarla dentro del año de ocurrido el desprendimiento, y pretender la restitución de los frutos. Transcurrido el año y verificada la toma de posesión, la caducidad operará plenamente, en contra de las pretensiones del dueño primitivo y con efectos desde el día de la avulsión. Russo, Giacomo: *Loc. cit.*, p. 70.

11. *Cfr.* Russo, Giacomo: *Loc. cit.*, p. 72.

12. Sobre este aspecto, consúltese: Planiol, Marcel: *Tratado elemental...*, p. 256, nota 1.

D) *Formación de isla*

Los casos propuestos a continuación permiten distinguir cuándo existe y cuándo no existe propiamente accesión.

a) *Islas formadas en mares adyacentes a las costas y dentro de los ríos o lagos navegables*

Según el artículo 565 del Código Civil estas islas forman parte del *dominio de la nación* y, por consiguiente, no procede la accesión.

b) *Islas formadas en ríos no navegables ni flotables por sucesiva acumulación de arrastres (formación de islas por aluvión)*

El artículo 566 del Código Civil establece que la isla formada corresponderá a los ribereños, con arreglo a la medida y proporción allí consagradas. En ese sentido el legislador se suma a un criterio similar al que prevalecía en el derecho romano. En cambio, conforme al ordenamiento jurídico español, si la isla se encuentra más cerca de un margen que del otro, será por entero del dueño del terreno más cercano a la isla. La división en la forma apuntada, será practicable cuando la isla se encuentre equidistante de las riberas (art. 373 del Código Civil español).

c) *Islas formadas al dividirse en brazos el cauce de un río*

Sobre la base del artículo 568 del Código Civil venezolano, el dueño del fundo rodeado conserva el derecho de propiedad sobre la isla. Al no verificarse fenómeno alguno que implique el desplazamiento del dominio, se esfuma la figura de la accesión como forma de adquirir.[13]

64. LA ACCESIÓN INMOBILIARIA EN SENTIDO VERTICAL

A) *Consideraciones generales.*

El principio "superficie solo cedit"

La doctrina generalmente atribuye a Gaius la construcción de la regla *superficie solo cedit.* Debido a la primacía absorbente que se atribuía en Roma al derecho de propiedad, se entendió que todos los trabajos hechos sobre el suelo se hacían partes integrantes del mismo, de modo que el propietario incorporaba necesaria y automáticamente, cualquier construcción levantada en la superficie del fundo a su patrimonio privativo, independientemente del origen de los materiales utilizados en la edificación –o plantación– y con prescindencia del hecho de que ellos hubieran pertenecido a una persona distinta.[14]

13. El dueño del predio inundado no perderá la propiedad del terreno cubierto por las aguas, si el río es susceptible de quedar integrado al patrimonio de los particulares (ríos no navegables) (arg. art. 539, ap. 2 y 3 del Código Civil).

El carácter absoluto que presidía esta regla,[15] determinaba una serie de corolarios particularmente graves para el patrimonio del constructor en fundo ajeno. Entre otros: si un tercero erigía construcciones o edificaciones, éstas pertenecían automáticamente al propietario del fundo, hubiese tenido o no conocimiento de los trabajos realizados por el tercero, y sin que pudiera renunciar –siquiera– a tal titularidad. Únicamente en la época del derecho pretoriano, la regla experimentó la primera modificación importante, cuando llegó a admitirse la coexistencia de dos derechos de propiedad diversos, dándose entrada, de esta forma, al dominio del suelo –atribuido a un sujeto–, separadamente del dominio sobre la edificación (o plantación) atribuido al ejecutor.

a) *La consagración normativa del principio "superficie solo cedit"*

La base normativa actual del principio enunciado, resulta de la concordancia lógica de dos artículos del Código Civil (549 y 555). Desde un punto de vista estrictamente doctrinario, la regulación positiva ha perdido, sin embargo, el rigor con el cual estaba revestida en la antigua Roma.[16] La descripción del principio, dentro del estado actual de las legislaciones que siguen el modelo francés, gráficamente responde al siguiente orden de ideas:

a') *El suelo* (la superficie en su acepción genérica), en su condición de *estable y fijo,* se considera como cosa principal. En principio, por consiguiente, opera la regla genérica de toda la accesión, es decir, se entiende que el propietario de la cosa principal lo es también de todo cuanto se incorpore o se una a ella (arg. CC., art. 549).

14. *Cfr.* Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones y plantaciones en fundo ajeno,* p. 17.
15. El artículo 934 del Código Civil italiano de 1942 recibió una distinta redacción en contraste con el artículo 448 del Código de 1865. Sobre la línea del CC, italiano vigente: "cualquier plantación, construcción u obra existente sobre o debajo del suelo, *pertenece* al propietario de éste, salvo lo dispuesto por los artículos 935, 936, 937 y 938 y salvo lo que resulte diversamente del título o de la ley".
16. Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones...,* p. 18.

b') Conectado al anterior aserto, lo edificado o plantado en el suelo, es del propietario de la superficie, porque lo ha hecho a su costa, o porque se *presume que lo ha hecho, salvo prueba en contrario* (Código Civil, art. 555).

c') El régimen estatuido por el artículo 555 del Código Civil venezolano se desdobla en una triple presunción: 1) Todas las plantaciones, obras o construcciones que se encuentren sobre o debajo de la superficie se presumen hechas por el *propietario* del suelo; 2) Las obras aludidas se presumen *hechas a sus expensas;* 3) Se presume, *que tales obras le pertenecen.*[17]

Tales presunciones, dictadas a favor del propietario del suelo, *admiten prueba en contrario* (presunciones *iuris tantum*), lo que torna posible –como se anotara antes– la coexistencia (o superposición, aun cuando este término se preste a equívocos) de dos titularidades netamente diferenciadas: una, sobre la superficie; otra, sobre las edificaciones, construcciones o siembras, en general. En el Código Civil italiano de 1942 se prescinde de la presunción acogida en el Código de 1865 (similar al art. 555 del Código Civil venezolano). Según el nuevo texto, las construcciones, plantaciones y obras existentes sobre o debajo del suelo pertenecen al propietario de éste, salvo lo dispuesto en los artículos 935 a 938, o lo que resulte diversamente del título o de la ley.

b) *Destinatarios del artículo 555 del Código Civil*

El dispositivo inserto en el articulo 555 del Código Civil se dirige a los *terceros.* Más concretamente, a las personas que no están vinculados al propietario por una relación negocial, cuyo objeto específico sea la realización de las edificaciones o plantaciones. Si el nexo contractual apunta sólo a los derechos del propietario y del constructor, los

17. Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones...*, p. 38, y Pasquali, Gustavo: Voz "Accessione (Diritto di)", en *Digesto italiano*, I-1, p. 300.
Enajenación del subsuelo independientemente del suelo. La Sentencia. de la Casación. italiana, de 8 de enero de 1972, sostiene que es lícita la enajenación del subsuelo, independientemente del suelo. Es factible la escisión del derecho de propiedad en forma distinta y autónoma. Por obra de la autonomía privada, el propietario puede disponer de la propiedad del suelo y del subsuelo, o disponer separadamente del bien transfiriendo del mismo sólo una parte contractual y jurídicamente separable (*Riv. di Diritto Civile*, N.° 5, 1972, p. 433).

problemas se reenviarían, en principio, a la disciplina del contrato subyacente.

A diferencia de la accesión inmobiliaria en sentido horizontal (accesión natural), que obedece a fenómenos no imputables a ninguna persona, la actuación de la conducta humana resulta determinante, en la especie estudiada.

En la medida en que se logre establecer la diversidad de derechos (sobre el fundo y sobre las plantaciones o construcciones), la accesión artificial en bienes inmuebles lleva consigo, de ordinario, una indemnización a favor del propietario de las obras incorporadas. La interferencia de la *buena fe* o *de la mala fe* en el proceder de los interesados desempeñará un papel de singular importancia para la producción de las consecuencias jurídicas, vinculadas a las distintas hipótesis y, en especial, para determinar la indemnización a que haya lugar.

B) ***Examen de los diversos supuestos***

Los tres primeros supuestos, proyectan el principio *superficie solo cedit;* el último ofrece un matiz distinto: el suelo *accede* (o puede acceder) a la superficie.

a) *Incorporación en suelo propio con materiales ajenos*

El vocablo "incorporación" que se emplea en este apartado designa, abreviada pero técnicamente, las construcciones, plantaciones u otras obras erigidas en un fundo y sometidas, en forma genérica, a la presunción consagrada en el artículo 555, CC. Esta misma significación le ha sido impartida al término en los demás supuestos que son objeto del examen siguiente:

Conforme al artículo 556, CC., el *propietario* del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u otras obras con materiales pertenecientes a otra persona, debe pagar el *valor de los materiales,* haciendo suya la obra. Si ha habido mala fe o *culpa grave* de su parte, estará obligado a indemnizar, además, los *daños y perjuicios* causados al propietario de los materiales. La pérdida del dominio (irreivindicabilidad, art. 556, *in fine)* por el propietario de los materiales, únicamente se verifica si éstos no pueden separarse sin destrucción (o por lo menos con grave detrimento) de la plantación o de la obra.[18]

18. Pasquali, Gustavo: *Loc. cit.*, p. 301.

El valor de los materiales a satisfacer por el propietario del suelo, será el que tengan al momento de producirse el pago. Expresado en otros términos, el tercero –propietario de los materiales– es *titular de una obligación de valor*. Es ésta la tendencia asumida por la doctrina hoy dominante, en contraste con la postura que subordinaba el mayor valor adquirido por tales materiales al deber de resarcir, dada la hipótesis de *mala fe* del propietario del suelo.[19]

La admisión por el legislador del principio de la "inseparabilidad relativa", se observa claramente, cuando se autoriza al dueño de los materiales para retirarlos, sin menoscabo de la obra o plantación ejecutada.

b) Incorporación hecha en suelo ajeno con materiales propios

La palabra *fundo*, empleada en el artículo 557, CC., abarca no sólo el suelo "sino también los *edificios* y en general todo inmueble sobre el cual pueda construirse o plantarse [...] Por consiguiente, si un tercero construye un piso o apartamento sobre un edificio, los derechos respectivos del propietario de éste y del tercero constructor, se rigen por el artículo 557".[20]

En principio, en el caso normado por el artículo 557 del Código Civil, se verificará la accesión por fuerza del principio "lo accesorio sigue la suerte de la cosa principal". Supone, a la vez, que el tercero construyó o plantó en el fundo poseído por él y que éste fue reivindicado o recuperado por el propietario, por otra vía, con lo que se excluye la intervención de toda relación de orden contractual que verse sobre la cosa incorporada y regule el destino que ha de impartírsele.

Como quiera que la presencia de la buena o la mala fe en la conducta del constructor, desempeña un papel decisivo en la producción de las consecuencias normativamente disciplinadas en el artículo 557, resulta indispensable establecer el debido deslinde en la esfera de aplicación de este dispositivo y otros que, por conductos diferentes, gobiernan otras

19. Para la dirección favorable a la cuantificación del pago de los materiales de acuerdo al precio que tenían cuando se les empleó, *v.*, Pascuali, Gustavo: *Op. cit.*, p. 301. La tendencia actual es destacada por el profesor James-Otis Rodner en su obra: *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995, p. 258. La ley francesa de 17 de marzo de 1960 modificó el artículo 554 del Código Civil: el propietario del suelo pagará el valor que tengan los materiales *para la fecha del pago*.

20. Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones...*, p. 71.

formas de reparación.[21] El ámbito de aplicación del artículo 557 se reduce a las *construcciones y plantaciones*, y no a las *mejoras o impensas*. En lo que atañe al poseedor de mala fe, esta distinción es fundamental (v. art. 793 CC). "En materia de impensas o mejoras, el propietario del fundo no puede obligar a destruir las obras que constituyen las mejoras".[22] Debe, por el contrario, pagarle la suma menor entre el monto total de las impensas y el mayor valor dado a la cosa (CC., art. 792) –tanto las impensas necesarias como las impensas útiles– en el marco edificado por el artículo 791, CC. No obstante, el criterio aprovechable para decidir si una *construcción o plantación* constituye una mejora que se coloca fuera del radio de aplicación del artículo 557, CC., no puede ser absoluto, y ha de recabarse a través del análisis de cada caso concreto. El orden de ideas anteriores demuestra que, referido el problema a los gastos útiles y a los gastos necesarios para la conservación de la cosa (mejoras), se esfuma la distinción entre poseedores de mala fe y de buena fe. El propietario asume el deber de indem-

21. El Tribunal Supremo de España (Sentencia de 2 de diciembre de 1960, en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, p. 530) decidió que en caso de buena fe declarada, la edificación en suelo ajeno no provoca sin más, y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial, sino mediante la opción prevista en la ley (art. 361 del CC. español). El doctor Sánchez Becerra analiza un grupo de casos para descubrir el alcance exacto del artículo 557 del Código Civil. Así, el artículo 1.609 del Código Civil no obliga al *arrendador*, al reembolso del costo de las mejoras útiles hechas por el arrendatario, a menos que haya consentido en ellas con la expresa condición de abonarlas. Pero en el caso de arrendamiento de tierra incultas, el arrendatario tiene derecho a indemnización por el valor de las construcciones, plantaciones y obras, salvo estipulación en contrario. El régimen jurídico que preside tales hipótesis, descartará la aplicación del artículo 557. En lo que atañe al *comodatario*, su condición al terminar el comodato, con relación a las construcciones y plantaciones, es subsumible en el tipo legal del artículo 557. Corresponderá al propietario la triple opción allí consagrada. Por lo que se refiere a los demás gastos hechos por el comodatario (gastos extraordinarios necesarios para la conservación de la cosa y tan urgentes que no haya podido prevenir de ellos al comodante), éstos deben ser pagados por el comodante (art. 1.733). El artículo 557 se aplica, también, en cuanto a las construcciones y plantaciones realizadas por el *acreedor anticrético*, una vez terminado el contrato. En cuanto al *enfiteuta*, considera el autor que, durante la vigencia del contrato, tiene él sobre las construcciones el mismo derecho real e inmobiliario que le corresponde sobre el suelo. A la terminación del contrato no se aplica el artículo 557, puesto que el contrato le otorga un derecho muy similar al del propietario (para todos los casos, consúltese el trabajo de Gustavo Sánchez Becerra, ya citado).

22. Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones...*, pp. 64 y 65.

nizar, por concepto de tales mejoras, aun al poseedor de mala fe (art. 792 del Código Civil).

El propietario del fundo, conforme al artículo 557, hace suya la obra incorporada, pero tiene derecho a optar, en cuanto al pago. Puede, en efecto, o bien pagar el precio de los materiales, el valor de la mano de obra y demás gastos inherentes a la misma,[23] o bien abonar el *aumento del valor* adquirido por el fundo (es decir, el aumento del valor que el fundo adquiere como resultado de la incorporación). La Casación venezolana ha entendido que la acción correspondiente al autor de la incorporación es de naturaleza *personal,* no real. Del propio modo, el deber jurídico a cargo del propietario, no se transmite a los terceros adquirentes del fundo (en remate judicial, concretamente).[24]

Tal opción es definitiva si el constructor (o autor de la obra en general) es de *buena fe:* creía fundadamente que edificaba o plantaba en el fundo que le pertenecía, apoyado en *justo título.*[25] Ahora bien, si el

23. El valor de los materiales se calcula sobre la base del precio que tenían al tiempo de ser empleados en la construcción o plantación. Los gastos inherentes consisten, entre otros, en los derechos pagados a las Rentas Municipales por concepto de permisos, de construcciones, los honorarios de ingenieros o arquitectos, etc. (Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones*, p. 87). *El mayor valor* es el aumento valorativo que el fundo haya experimentado como consecuencia de la construcción o plantación. Se calcula determinando el precio con anterioridad a la ejecución de la obra y luego de verificada la incorporación. La opción conferida al propietario es, para el doctor Sánchez Becerra (*Op. cit.*, pp. 51 y 52) un derecho personal, por lo que la acción para exigir la destrucción de la obra ha de ser dirigida contra el ejecutor y no contra el actual poseedor distinto de aquél, y prescribe a los diez años (Código Civil, art. 1.977).
24. Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, Sentencia de 24 de marzo de 1965, en *Gaceta Forense,* N.° 47, 1965, pp. 450 y 451. La admisión de la tesis mencionada en la nota anterior es, por tanto, indiscutible. Por la misma vía, durante la vigencia del Código de 1865, en Italia: Casación Roma, Sentencia de 3 de marzo de 1893; *app.* Roma, Sentencia de 13 de febrero de 1941. Ya en vigencia el Código de 1942, la doctrina ha sido defendida en Sentencia de la Casación italiana de 24 de enero de 1955 y del Tribunal de App. de Turín, de 28 de mayo de 1954. Montel considera inexactas estas decisiones (*V.*, Montel, Alberto: "Accessione (Diritto Civile)", en *Novíssimo Digesto italiano,* vol. I, p. 136).
25. *Cfr.* Pasquali, Gustavo: Voz "Accesione (Diritto di)", en *Digesto italiano*, I-1, p. 301, *N.°* 43. Con la reforma incorporada en Italia en el Código Civil de 1942 y la mejor estructuración del concepto de buena fe posesoria se liquidan las dudas interpretativas que ofrecía el vocablo. El Código Civil colombiano hace referencia expresa al carácter de poseedor de buena o de mala fe del que ha edificado o sembrado, y remite al

autor de la edificación, construcción o plantación, hubiere actuado de *mala fe,* el propietario del fundo puede elegir entre las soluciones predispuestas por la norma citada, o pedir la *destrucción de la obra* (a costa del poseedor de mala fe) y hacer que el ejecutor deje el fundo en sus condiciones primitivas y le indemnice los daños causados (Código Civil, art. 557).[26] La última parte del dispositivo técnico, resuelve la hipótesis de la intervención de la *mala fe* en la conducta de ambos sujetos: el propietario adquiere el dominio sobre la obra, pero debe siempre reembolsar al ejecutor el valor de ésta.[27]

El artículo 558 contiene una regla particular referida a la atribución del derecho de propiedad del fundo al ejecutor, cuando el valor de la incorporación realizada, excede evidentemente el valor del fundo. En esta hipótesis, además de una justa indemnización por el fundo (valor estimado al practicarse la tasación pericial, con prescindencia del costo de la incorporación o de la plusvalía adquirida con motivo o a causa de la plantación o la construcción), el propietario tiene derecho a la

Título normativo de la reivindicación a los fines de la determinación de las indemnizaciones debidas por el propietario del suelo (*v.* art. 739 CC. colombiano). Según sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de junio de 1971, la buena fe se apoya en la ignorancia de que el suelo en que se construyó pertenecía a otro. Mientras no haya sido indemnizado el autor de la incorporación, el dueño del suelo no es propietario de lo plantado o edificado, sino que tiene sólo el derecho de opción. Quien edificó o plantó dispone del *derecho de retención* sobre la cosa en que se ejecutó la accesión, si fuere de buena fe. Ese derecho no se extiende al resto del inmueble (Santos Briz, Jaime: *Derecho Civil...*, Tomo II, p. 221).

"La buena fe a que se refiere el artículo 557 del Código Civil no es algo diferente, desvinculada al *justo título* contenido en la definición de buena fe en materia de posesión" a que alude el artículo 789 CC. (Sentencia Casasación venezolana de 22 febrero de 1984).

26. La doctrina –con fundamento en el artículo 790 del Código Civil– admite que el propietario puede compensar el valor de las construcciones, con los frutos que el poseedor (de mala fe) debía restituir. Ahora bien, si el poseedor era de buena fe, el propietario del fundo no podrá realizar tal compensación y queda obligado por la suma correspondiente (Pasquali, Gustavo: Voz "Accesione", en *Digesto italiano*, I, 1, p. 303).
27. Entiende el doctor Sánchez Becerra (*Op. cit.*, p. 124) que quien edificó, sembró o plantó de buena fe, tiene a su favor un derecho de retención sobre la obra hasta tanto le sea pagado el valor correspondiente. Tal sería la mejor solución. Pero si se mantiene la estricta escisión entre mejoras, de un lado, y construcciones y plantaciones, del otro, la respuesta no es muy convincente. *Véase,* por ejemplo, en el mismo autor, la exposición hecha en las pp. 140 y ss. de su trabajo.

reparación de los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado la indebida ocupación.

c) Incorporación hecha en suelo ajeno con materiales ajenos

El artículo 560, CC., da respuesta al enunciado en forma bastante explícita:

a') *El dueño de los materiales no tiene derecho a reivindicarlos.*

b') Sin embargo, el dueño de los materiales dispone de dos acciones: Una principal dirigida contra el tercero que los empleó y tendente a recabar el *valor de los mismos y posiblemente una reparación* por los daños y perjuicios; la otra subsidiaria contra el propietario del fundo, pero sólo por la suma que éste quede debiendo al ejecutor de la obra.

d) Ocupación de fundo ajeno con edificaciones iniciadas en fundo propio

La situación prevista y regulada en el artículo 559 del CC. venezolano supone la confluencia de las siguientes condiciones:

a') Que se trate de la construcción de un *edificio.*

b') Que tal construcción, iniciada en el fundo del propietario de la obra, invada una porción del fundo contiguo (colindante).

Si el constructor hubiere procedido de buena fe (creía que el terreno donde inició la edificación se extendía hasta los confines del edificio),[28] el edificio y el área ocupada *podrán declararse propiedad del*

28. "El artículo 788 del Código Civil ha definido la buena fe del poseedor, y en el caso del artículo 559 de lo que se trata es de la buena fe del constructor, sin tener en cuenta si posee o no; basta que en el momento en que invadió el terreno ajeno, no lo hubiese hecho a sabiendas de que era ajeno: el justo título que exige el artículo 788 es el que debía tener el poseedor sobre el terreno ajeno poseído; por lo cual, al tener que devolverlo o sufrir evicción, no se le puede obligar a restituir los frutos; en cambio, el justo título que debe tener el constructor es sobre su terreno propio, en el cual fabricó casi todo el edificio, no como alegan el actor y los formalizantes [...] sobre la faja ajena ocupada" (Sentencia de la Casación venezolana, de 11 de mayo de 1955, en *Gaceta Forense,* N.° 8 (segunda etapa), pp. 46 y ss.). En igual sentido, y en Italia durante la vigencia del CC. de 1865: Casación de Palermo Sentencia de 9 de abril de 1901; Apelación de Messina, Sentencia de 31 de marzo de 1903; Cas. de Turín Sentencia de 7 de abril de 1884 y 27 de diciembre de 1904. En *Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza sul Codice Civile,* dir, por Fadda y otros. Soc. Ed. Libraria, Milán, 1919, p. 708.

constructor, quien estará obligado a pagar al propietario del suelo el valor de esa superficie y los daños y perjuicios, siempre que la construcción haya sido realizada con conocimiento y sin oposición del dueño del fundo invadido (art. 559, párrafo primero). La sanción enlazada a la actuación del constructor, de no haber habido conocimiento de parte del propietario del fundo invadido, viene a ser mucho más rigurosa: además del pago de los daños y perjuicios, el constructor deberá satisfacer una cantidad equivalente al doble del valor de la superficie ocupada (Código Civil, art. 559, segunda parte). La doctrina italiana, durante la vigencia del Código de 1865, sostuvo que, de no darse los supuestos del artículo 452, equivalente al actual dispositivo normado en Venezuela, se aplicaba el artículo 557.

La norma aludida resulta excepcional respecto del principio *superficie solo cedit.* En efecto, dentro del régimen creado por ella, es el suelo el que accede al edificio y no a la inversa. Debe, por lo demás, tratarse de un *edificio* (no de una siembra o plantación), término dentro del cual ingresa la fabricación de muros, de una casa de habitación, de una oficina, de un almacén, etc.. Unánimemente, la doctrina admite que ha de tratarse de una *construcción nueva,* por lo que no incide en el tipo legal de la norma la construcción, por ejemplo, de un balcón en un edificio ya existente de modo que sobresalga al terreno vecino.[29] Corresponde al constructor que reclama la aplicación de la primera parte del artículo 559, la prueba de que el propietario conocía que la construcción había penetrado en los confines del fundo, aun cuando no se exige un medio probatorio específico. No sería suficiente, no obstante, el conocimiento que de ello hubieren tenido los representantes del dueño del fundo.

En ningún caso la concurrencia de todos los elementos fundantes del supuesto legal constituye un derecho adquirido para el constructor, desde el momento en que la adjudicación de la superficie ocupada queda liberada al prudente arbitrio *judicial.* La accesión de la porción ocupada no es automática. Para que se verifique es necesario un pronunciamiento judicial que considerando las circunstancias, decide la atribución de la propiedad.[30]

29. Pasquali, Gustavo: *Loc. cit.,* p. 305.
30. Montel, Alberto: Voz "Accessione (Diritto civile)", en *Novissimo Digesto italiano,* I, p. 137.

65. ACCESIÓN DE BIENES MUEBLES

A) *Consideraciones generales*

La accesión de bienes muebles tiene lugar por la incorporación de una cosa mueble a otra cosa mueble, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Que las cosas unidas pertenezcan a *distintos propietarios.*

b) Que formen un todo *inseparable,* o cuya separación perjudique su naturaleza.

No podrán actuar las reglas de la accesión cuando los objetos muebles incorporados pertenezcan *a un mismo propietario.* En ese caso, las cosas unidas pertenecen al propietario por aplicación normal de las reglas que presiden el dominio.

Tampoco habrá accesión cuando exista *convención* –expresa o tácita– entre los propietarios de las cosas unidas respecto a la propiedad de la cosa nueva. Por ello, las numerosas disposiciones, heredadas del derecho romano, serán de escasa aplicación práctica, puesto que las reglas fundantes de la accesión de bienes muebles, suponen una incorporación verificada al margen de la vinculación negocial.

c) *A falta de convención,* la ley resuelve el problema por conducto de una serie de disposiciones, que pueden ser resumidas en la regla básica conforme a la cual lo accesorio queda sometido al régimen jurídico, que disciplina a lo *principal (accesorium sequitur principalis),* o, lo que es equivalente, el propietario de la cosa considerada principal adquiere, en principio, la cosa nueva íntegra con carácter definitivo,.

d) Ahora bien, ¿cuándo y cómo una cosa debe ser considerada como *principal?* El Código Civil dicta varias reglas:

Es cosa principal, entre dos bienes incorporados, aquella a la que se une otra para su adorno, su uso o su perfección (art. 572, aparte 2 del Código Civil).

Como ejemplos destacados y regla especial, el CC. español ofrece el artículo 377: en la pintura, escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se consideran *accesorios* la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino.

Si con esa regla no puede determinarse cuál es la principal, se sigue el criterio del *mayor valor.* Se reputará principal el objeto más valioso, y si ambos son de igual valor, el de *mayor volumen* (CC., art. 573).

e) Las normas que disciplinan la accesión de bienes muebles, sirven tan sólo de guía al juez, ya que esta materia estará regida fundamentalmente por los principios de la equidad (CC., art. 571).

B) *Examen de los diferentes supuestos*

Desde el derecho romano:

a) Adjunción.

b) Especificación.

c) Confusión o conmixtión.

Esta clasificación es muy discutida:

a') Porque es muy dudoso que en la *especificación,* en que no hay verdadera unión de cosas, y en la *conmixtión,* en que no puede distinguirse lo principal de lo accesorio, existan verdaderas especies de accesión.

b') Porque no es enteramente fácil deslindar estas modalidades.

a) *Adjunción (unión o adición)*

Es la *unión* de dos cosas que, sin embargo, continúan distintas y reconocibles, aunque formando una sola cosa. (CC., art. 572).

El tratamiento jurídico, en este caso, es el siguiente:

a') Rige el principio fundamental: "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", el propietario de la cosa principal, también lo será de la cosa accesoria. Sin embargo, la accesión no se produce cuando, hecha la incorporación, las cosas pueden separarse sin detrimento. Los dueños de ambas cosas conservan sus derechos de propiedad y pueden pedir la separación.

b') No obstante, cuando la cosa accesoria es mucho más preciosa que la cosa principal y, se hubiere empleado *sin consentimiento de su propietario,* éste podrá elegir entre apropiarse del todo, pagando al propietario de la cosa principal su valor, o pedir la separación, aunque de ello pueda resultar el deterioro de la otra (art. 572, última parte). Ejemplo: diamante engastado en una cigarrera.

Contra quien demanda la separación, el propietario de la cosa principal puede invocar la aplicación de los artículos 794, 795 y 1986 CC., si fuere de buena fe.[31]

b) *Especificación*

"Consiste [...] en la formación de una obra de especie distinta que la materia ajena empleada para ello".[32]

Ante la necesidad de aplicar a este instituto el aforismo: "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", se planteó una controversia entre las escuelas tradicionales de Derecho Romano (proculeyanos y sabinianos) en torno a la investigación sobre lo que debería considerarse "cosa principal". Los *proculeyanos* sostenían que lo "principal" era la forma dada a la materia *(forma dat esse rei)*, y atribuían la propiedad de la cosa al autor de la transformación; mientras que los *sabinianos* se inclinaban por la atribución de la propiedad del todo al dueño de la materia. Justiniano propuso una regla mediadora: Si la cosa podía volver a su *antiguo estado*, el propietario de la materia adquiere la cosa formada; de lo contrario, pertenecería al especificante. Fórmula que no tiene cabida en la mayoría de los sistemas actualmente en vigencia (ver art. 576, CC. venezolano).

La asimilación de la figura de la especificación a los demás casos de accesión mobiliaria, es criticable. Aparentemente, el derecho positivo ha admitido una absoluta equiparación del trabajo humano a la categoría de las cosas, cuyo régimen atiende a postulados distintos. Por este motivo, la equiparación del trabajo humano a las cosas, sólo puede interpretarse como un recurso para resolver los conflictos que puedan suscitarse, mediante un conjunto de normas que ofrecen comunes características".[33]

Cuando el artífice es a la vez dueño de parte de la materia empleada, la cosa nueva se hará común, en virtud del principio de proposición entre lo que le pertenecía, más el incremento de la mano de obra (CC., art. 577).

Los artículos 578 y 579 traen diversas reglas especiales. El artículo 578 resuelve el problema de la mano de obra particularmente valio-

31. Russo, Giacomo: "Accessione", en *Nuovo Digesto italiano*, I, p. 75.
32. Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, p. 227.
33. Puig Brutau, José: *Fundamentos...*, III, p. 228.

sa, en cuyo caso la industria se considera como la parte principal. El artífice podrá retener la cosa nuevamente formada, reembolsando el valor al propietario. El artículo 579 resuelve la situación que puede presentarse cuando se constituya una copropiedad de las cosas formadas.

c) *Confusión o conmixtión* (mezcla)

Es la mezcla de cosas que se confunden y compenetran de tal modo que no puedan separarse ni distinguirse.

El problema se resuelve, no de acuerdo con el principio tradicional, sino según los principios generales de la culpabilidad. Por ello establece el Código Civil que si las materias pueden separarse sin daño o deterioro, el que no haya consentido puede pedir la separación. Si las cosas no pueden separarse sin gran deterioro, el objeto formado se hará común en proporción al valor de las materias. El problema de la comunidad se resuelve según el artículo 579.

Si la materia perteneciente a uno de los propietarios pudiere considerarse como *principal*, por ser de mayor valor, y no pudiere separarse, o si su separación produjere deterioros, el propietario de la materia principal tiene derecho a la propiedad del todo, pagando al otro el valor de su materia (art. 575).

El artículo 580 consagra reglas aplicables a todos los casos de accesión, tomando en consideración la ausencia de consentimiento del propietario de la materia empleada.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel: *Instituciones de Derecho Civil.* II, (Derecho de Cosas). Librería Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privado italiano.* I. UTET, Turín, 1962.

Borrel y Soler, Antonio María: *Derecho Civil español.* II. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955.

Diez Picazo, Luis: "La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* N.° 455, Madrid, 1966, pp. 829 y ss.

Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español.* Vol. II. 2ª edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Montel, Alberto: Voz "Accessione (Diritto Civile)". En *Novíssimo Digesto Italiano,* tomo I, parte 1.

Pasquali, Gustavo: Voz "Accessione (Diritto di)". En *Digesto Italiano,* I-1.

Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes).* Traducción, Licenciado José M. Cajica, Jr., Puebla, México, 1955.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil.* III. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953.

Russo, Giacomo: Voz "Accessione (Diritto di)". En *Nuovo Digesto Italiano,* I.

Sánchez Becerra, Gustavo: *Construcciones y plantaciones en fundo ajeno.* 2ª edición, anotada por el Dr. Arturo Cardozo. Caracas, 1956.

Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano.* Tomo II. Gráficas Sebastián, Madrid, 1953.

Santos Briz, Jaime: *Derecho Civil. Teoría y Práctica.* Tomo II. Derecho de Cosas. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Capítulo XI
La ocupación

66. Concepto de ocupación. 67. Requisitos para adquirir por ocupación. 68. Casos especiales.

66. CONCEPTO DE OCUPACIÓN

La ocupación es un *modo originario* de adquirir el derecho de propiedad sobre las *"res nullius"* (cosas que no han tenido nunca dueño), o sobre las cosas abandonadas por su anterior titular (*"res derelictas"*), mediante la toma de posesión.[1] Esta *toma de posesión* debe aparejar la intención del aprehensor de convertirse en propietario.[2]

---

1. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil,* II-4, p. 292; Planiol, Marcel: *Los bienes,* p. 190, N.° 2.564. Según el artículo 1.318 del Código Civil portugués de 1966, en vigencia desde el 1° de junio de 1967: "Pueden ser adquiridos por ocupación los animales y otras cosas muebles que nunca tuvieron dueño, o fueron abandonados, perdidos o escondidos por sus propietarios, salvo las restricciones de los artículos siguientes".
2. A tal orden de ideas responde el concepto de Castán Tobeñas: la ocupación (o apropiación) "es la aprehensión de una cosa corporal que no tiene dueño, con ánimo de adquirir la propiedad" (*Derecho Civil español...;* II, p. 188). Entiende De Diego, asimismo (cit. por Latour Brotons, Juan: "La ocupación..." en *Revista de Derecho Privado,* marzo de 1957, p. 262), que la ocupación consiste en la aprehensión material de una cosa que no tiene dueño *(nullius)* con ánimo de adquirir su propiedad". Con el material aportado por la doctrina tradicional, Latour Brotons *(Loc. cit.)* elabora su propia definición del instituto: "es la aprehensión de una cosa mueble corporal con ánimo de adquirir la propiedad", siempre que el bien carezca de dueño y sea apropiable por su naturaleza.

67. REQUISITOS PARA ADQUIRIR POR OCUPACIÓN

A) *Con relación al sujeto (ocupante, aprehensor)*

Estima Castán Tobeñas que el ocupante ha de poseer la intención de adquirir la propiedad y la capacidad necesaria para ello. Este último elemento ha sido, sin embargo, rechazado por la doctrina dominante,[3] que tan sólo exige la realización del acto material de apoderamiento, por parte del ocupante, y la intención de adquirir el dominio, sin que sea necesario el ingrediente de la *capacidad negocial;* desde luego que la adquisición de la propiedad de las *res nullius* y de las *res derelictas* no presupone la prestación del consentimiento. La toma de posesión adquiere eficacia sólo con la capacidad de discernimiento (capacidad de entender y de querer), unida a la intención de hacer propio el bien; con lo cual este modo de adquirir resultará inoperante en los casos del demente, del niño de corta edad, etc.[4]

B) *Con relación a los bienes*

Son apropiables por ocupación las cosas que carezcan de dueño, porque no lo han tenido nunca o porque dejaron de pertenecer a un titular que abdicó al dominio (derelicción, abandono). La ocupación, en términos estrictos, no versa sino sobre los *bienes muebles corporales,* sin dueño, siempre que por disposiciones especiales no hayan sido colocados fuera del ámbito de la apropiación privada (objetos arqueológicos, por ejemplo).[5]

Sobre la base descrita se erige el artículo 797 del Código Civil venezolano: "Las cosas que no son de la propiedad de nadie, pero que pueden llegar a serlo de alguien, se adquieren por ocupación; tales son los animales que son objeto de la caza o de pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas". Las cosas extraviadas o perdidas no pueden ser ocupadas, simplemente por cuanto la pérdida no involucra abdicación del dominio.[6]

La ocupación, pues, queda circunscrita a los bienes muebles. Se excluyen de la categoría de bienes ocupables, los bienes *inapropiables*

3. Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil,* III, p. 177.
4. Latour Brotons, Juan: "La ocupación", en *Rev. de Derecho Privado,* p. 263.
5. *V.,* Barbero, Doménico: *Sistema...,* I, p. 762.
6. Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile,* 14ª edición, Cedam, Padua, 1964, p. 435.

(*res extra commercium,* en general) y las cosas no susceptibles de apropiación por mandato de leyes especiales (minerales reservados por la Nación, minerales objeto de explotación mediante contratos especiales, "tesoros arqueológicos", etc.) y el cuerpo vivo del ser humano.[7] Los inmuebles que no pertenecen a nadie corresponden al dominio de la Nación.[8] La Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional de 24 de junio de 1974 establece: "Son bienes nacionales [...] 2) Los bienes muebles o inmuebles que se encuentren en el territorio de la República y que no tengan dueño" (art. 19); el artículo 20, primera parte, establece el procedimiento a seguir para obtener la posesión real de los bienes, a solicitud del Procurador de la Nación hecha al juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción, y agrega (segunda parte): "Esta posesión acordada al Fisco no perjudica los derechos o acciones de quienes tengan un *derecho preferente,* derechos o acciones que no se extinguen sino por la expiración del término fijado para la prescripción". Por consiguiente, aunque la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional incluye en la categoría de bienes nacionales tanto los muebles como los inmuebles que no tengan dueño, la regla contenida en la segunda parte del artículo 20 autoriza a considerar susceptibles de ocupación por los particulares –y, en consecuencia, adscritos al patrimonio del ocupante, en calidad de objetos del derecho de propiedad– las cosas muebles a que se refiere el artículo 797 del CC., si se acepta que la toma de posesión provoca la adquisición instantánea del derecho, y que este mismo acto genera un *derecho preferente* en la acepción del artículo 20 del texto positivo citado.[9]

7. Según Latour Brotons (*Rev. cit.,* p. 264), dentro de las cosas ocupables ingresan las *partes separadas del cuerpo vivo* (miembros, cabellos, etc.), que se transforman en *cosas independientes.* A favor de la persona de la que han sido separadas existe un derecho de propiedad, y el abandono las convierte en cosas susceptibles de apropiación siempre que no vulnere una prohibición legal o normas que interesan al orden público. En lo que se refiere al *cadáver,* si bien con la muerte el cuerpo humano se transforma en cosa, no por ello encuadra en los objetos de apropiación (es una "*res extra commercium*", en todo caso). Los cadáveres "serán susceptibles de apropiación una vez transcurrido el número de años que a tal efecto se estimen suficientes conforme a los conceptos morales y culturales de cada época, y en tanto en cuanto no hubieren prohibiciones legales y pudieren entrar en el comercio jurídico, como ocurre, por ejemplo, con las momias, restos óseos antiquísimos, piezas óseas para centros docentes, etc." (*Rev. cit.,* p. 265).
8. Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano,* II, p. 186.
9. Con relación a las tierras baldías, *véase* artículo 1° de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 19 de agosto de 1936.

C) *Con relación al acto*

El acto constitutivo de la ocupación es la ***aprehensión material*** (toma de posesión) ***de la cosa***, expresión que debe entenderse no tanto como la reducción *in manu* sino como ***efectiva disponibilidad*** con intención de apropiarse del bien, indubitablemente manifestada (de este modo, el clásico ejemplo de la persona que, habiendo tenido conocimiento de que un bien mueble [apropiable] fue abandonado por su antiguo propietario, ordena a su dependiente colocarlo en su almacén y venderlo en su nombre).

68. CASOS ESPECIALES

La norma contenida en el artículo 797 del CC., venezolano permite concebir un catálogo disímil de las formas de ocupación, según los bienes sobre los cuales versa. Tales son: la ocupación de *cosas animadas* –animales, semovientes–, *el hallazgo de un tesoro, las cosas perdidas, los despojos arrojados por el mar.*[10]

A) *Ocupación de semovientes*

Toda la materia referente al ejercicio de la caza y la pesca, se rige por leyes especiales (art. 798). En Venezuela se halla en vigencia la Ley de Caza de 10 de agosto de 1944, complementada por numerosas reglamentaciones y resoluciones del Ministerio de Agricultura y Cría (que atañen a los períodos de veda en la caza y la pesca, a la prohibición de cazar ciertas especies, etc.).

El artículo 798 del CC., segunda parte, contiene una expresa prohibición de introducirse en fundo ajeno, contra la voluntad del poseedor, para el ejercicio de la caza.

B) *Hallazgo de tesoros*

El artículo 800 del CC., define el tesoro como "todo objeto mueble de valor que haya sido ocultado o enterrado y cuya propiedad nadie pueda justificar".

10. Según Doménico Barbero (*Sistema...*, I, p. 765), el encuentro de cosas extraviadas y el hallazgo de tesoros, son estructuralmente diversos de la ocupación, y encajan en la figura genérica de la *invención*. Sanojo (*Instituciones...*, II, p. 189) inserta en la *invención* la aprehensión de bienes muebles abandonados por su dueño o que jamás han pertenecido a nadie.

Para que un bien pueda ser considerado "tesoro", deben conjugarse los siguientes caracteres:

a) *Ser mueble;*

b) Hallarse *oculto;*

c) Ser *distinto de la cosa que lo contiene;*

d) No *pertenecer actualmente a nadie.*[11]

La cosa valiosa, considerada como tesoro, debe estar disimulada, escondida, sin que importe dónde se encuentre (en otro mueble o en un inmueble). La condición esencial para que el objeto en referencia pueda aceptarse como tesoro, es el hecho de que nadie pueda justificar un derecho de propiedad actual sobre ella.[12]

Según este criterio, si los herederos de la persona que ocultó la cosa valiosa que le pertenecía, por ejemplo, demuestran su cualidad de tales, la vacancia del derecho no quedaría configurada.

A diferencia de la disposición contenida en el artículo 716, CC. francés, la norma que disciplina el hallazgo del tesoro en el sistema positivo venezolano, no exige que el descubrimiento de un tesoro sea obra del azar, salvo en la hipótesis de que el tesoro sea hallado en un bien (mueble o inmueble) ajeno. En efecto, el artículo 800 autoriza el siguiente elenco de hipótesis:

a) El tesoro pertenece al propietario del mueble o del inmueble donde se encuentre oculto;

b) Si el tesoro es hallado en un mueble, o inmueble *ajenos*, por efecto del azar (intervención de la casualidad), el tesoro pertenecerá *de por mitad al propietario*[13] y al *inventor* (o hallador).

c) Si el hallador actúa al servicio del propietario de la cosa, quien le ha confiado la tarea de buscar el bien presumiblemente oculto en el fundo o en otra cosa que le pertenezca, será este último el dueño de la totalidad del tesoro. Las relaciones del hallador con el

11. *Cfr.* Planiol, Marcel: *Los bienes*, p. 194, N.° 2.578.
12. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, II-4, p. 294.
13. No el usufructuario, porque el tesoro no es ni fruto ni producto de la cosa confiada en usufructo. Se exceptúa, claro está, la hipótesis de que el mismo usufructuario sea el inventor (Código Civil, art. 599, *in fine*), porque le correspondería la parte que, como tal, le asegura la norma contenida en el artículo 800 del Código Civil.

propietario, se rigen de acuerdo con la disciplina a la cual está sujeto el nexo contractual vinculante (contrato de obra o contrato de trabajo, según el caso).

Un régimen jurídico especial afecta los bienes (muebles e inmuebles) que integran el llamado "patrimonio cultural de la República". La declaración de "bien de interés cultural" es atribución del Presidente de la República o del Instituto del Patrimonio Cultural. De este modo, cosas que normalmente pudieran ingresar en la categoría de *tesoros* según la óptica del derecho común, quedan segregadas de las reglas rectoras del Código Civil para ocupar una situación jurídica trazada por el Derecho Administrativo (*v.*, Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural de 15 de agosto de 1993).

C) *Bienes muebles perdidos o extraviados*

La mayoría de los autores refiere el artículo 801 del CC. a las cosas abandonadas por el propietario. De ser esta la interpretación que haya de darse a esta norma, no subsistiría duda alguna acerca de la posibilidad de adquirir las cosas muebles que correspondan a tal situación de hecho, mediante la ocupación.[14] El abandono envolvería la voluntad del propietario de desprenderse del derecho del cual es titular, y la toma de posesión efectiva por el ocupante conduciría a la adquisición.[15]

Sin embargo, el artículo en referencia preceptúa: "Quien encontrare un objeto mueble, que no pueda considerarse como tesoro, deberá restituirlo al precedente poseedor, y si no conociere a éste, deberá consignarlo inmediatamente en poder de la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio del lugar donde lo haya encontrado", con lo cual, en principio, se regula la situación creada con respecto a los muebles que se reputan perdidos o extraviados, y con relación a los cuales no existe la voluntad del propietario o del poseedor precedentes de desprenderse del derecho.[16]

14. *Cfr.* Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, p. 180.
15. En el Código Civil mexicano (art. 774) los bienes muebles abandonados y aquellos cuyo propietario se ignore, son considerados "bienes mostrencos".
16. El tercero hallador de cosas que han sido objeto de privación ilegal, y que haya cumplido las formalidades ex art. 801 y siguientes, adquiere la propiedad del objeto no reclamado durante los lapsos allí predispuestos (Sentencia de la Casación italiana, de 17 de julio de 1952). Por lo que atañe a los bienes muebles recuperados por autoridades policiales en Venezuela. *Cfr., infra*, N.° 68, E).

Ahora bien, el hallador del bien presumiblemente perdido hace suya la cosa, ajustándose a las reglas establecidas en el propio artículo 801 y en los artículos siguientes. En resumen, la reglamentación predispuesta para la adquisición del derecho de propiedad sobre el bien es la siguiente:

a) Consignación por el hallador en poder de la primera autoridad civil (art. 801).

b) Publicación de la consignación –deber este a cargo de la autoridad– en uno de los periódicos del lugar (si lo hubiere) y por carteles que permanecerán fijados en lugares más públicos de la población por espacio de quince días (art. 802).

c) Transcurridos *seis meses* luego del término fijado en el artículo 802, sin que el *propietario* se haya presentado a reclamarlo, el bien hallado o su precio (si las circunstancias hubieren hecho necesaria su venta: por ejemplo, tratándose de cosas que se destruirían o corromperían por el transcurso del tiempo), pertenecerán *a quien lo haya encontrado* (CC., arts. 802 y 803). Tal consecuencia demuestra que el acto jurídico fundante de la adquisición es la *adjudicación* y no la ocupación.[17]

El aparte del artículo 803 y el artículo siguiente, aluden a la obligación que corresponde al propietario por los gastos que hubiere ocasionado la cosa, y por la recompensa (premio) debida al hallador, si éste la exigiere, en caso de que acuda a reclamar el bien. Si el propietario hace oferta pública de recompensa al hallador que la restituya, será la cantidad ofrecida y no el índice previsto en el Código Civil (diez por ciento del valor de la cosa, o si éste excediere de dos mil bolívares, el cinco por ciento por el exceso) el monto del premio a que aspirará el beneficiario.[18]

El ámbito personal de validez de las normas precedentemente citadas, se resuelve en el juego de intereses del propietario y del hallador que ha hecho la consignación de la cosa. Por este motivo, la colisión entre tales dispositivos técnicos y los artículos 794, segunda parte, 795 y 1986 del CC., es sólo aparente. Estos últimos apuntan básicamente

17. Latour Brotons, Juan: "La ocupación", *Rev. cit.*, p. 267.
18. Latour Brotons, Juan: "La ocupación", *Rev. cit.*, p. 267. El artículo 804 CC. entrará en juego a fin de establecer un mínimo legal inderogable.

a la adquisición *a non domino* por los terceros a quienes hubiesen enajenado los bienes (muebles corporales o títulos al portador) el hallador o el autor de la privación ilegal (*infra*, Capítulo XIII, N.° 93). Decir, por consiguiente, que el término creado por el artículo 803 (seis meses) consagra un lapso de *caducidad* y no de prescripción –como el artículo 1986, CC.– resulta un precario argumento separado. Tampoco integra un expediente decisivo, la afirmación según la cual la fórmula de adquisición del dominio normada en los artículos 801 y siguientes del Código Civil, envuelve un verdadero caso de usucapión (y no de ocupación), desde el momento en que subsiste la titularidad del propietario y, por tanto, las acciones que le permiten recuperar la cosa.[19]

Un ensayo tentativo de armonización de los diferentes módulos rectores de las situaciones descritas, puede recabarse a través del examen de los diversos supuestos que originarían tanto la conducta del hallador, como la intervención de terceros a quienes éste hubiere transmitido el derecho sobre la cosa:

a) Si se colman los supuestos prescritos en los artículos 801 y siguientes del Código Civil, pasados seis meses y no habiendo ocurrido el propietario o el poseedor a reclamarla, la cosa ingresa en el patrimonio del hallador en concepto de propiedad.

b) Si el hallador retiene la cosa a sabiendas de que se trata de un bien extraviado, puede adquirir el derecho de propiedad sobre ella, pero en virtud de la *usucapión veintenal*.

c) Si el hallador enajena la cosa a un tercero de *buena fe*, el bien es reivindicable, pero el tercero puede adquirir el dominio por aplicación del artículo 1.986, conc. con los artículos 794, segunda parte, y 795 del Código Civil.

D) *Caso especial regido por la Ley de Tránsito Terrestre*

Conforme a los artículos 18 y 19 de la Ley de Tránsito Terrestre de 9 de agosto de 1996, los vehículos u objetos que se encuentren ubicados, estacionados o depositados en la vía pública, en zonas prohibidas o en sitios que obstaculicen el normal desarrollo de la circulación de vehículos y peatones, serán removidos por las autoridades de tránsito terrestre. Transcurridos treinta días hábiles, si el dueño no los hubiera reclamado, las autoridades competentes del tránsito deberán

19. *V.*, Planiol, Marcel: *Los bienes*, p. 198, N.° 2.585.

publicar –dentro de los 8 días hábiles siguientes– la lista de las cosas antes aludidas en un periódico de los de mayor circulación de la localidad, al menos en dos oportunidades, para que su retiro se efectúe en un plazo no mayor de treinta días, contados a partir de la primera publicación. Tratándose de *vehículos* la norma impone la notificación al propietario que, como tal, aparezca en el Registro Nacional de Vehículos.

Los vehículos u objetos no retirados por el propietario al vencimiento del término señalado, se reputan *abandonados* y, como tales, serán incorporados al *patrimonio nacional*, según el procedimiento estatuido en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional. La Ley vigente ordena la publicación de la lista de tales bienes en los medios de comunicación.

E) *Bienes muebles recuperados por las autoridades policiales*

La Ley de Bienes Muebles Recuperados por las Autoridades Policiales, de 23 de junio de 1966, contiene un conjunto de reglas aplicables sin perjuicio de la disciplina a que se refiere el apartado anterior. Conforme a este texto especial, los bienes muebles sustraídos o extraviados y recuperados por las autoridades serán entregados al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Los objetos y efectos que sirvan para el esclarecimiento de hechos delictivos y, el descubrimiento de los culpables, serán puestos a la orden del Juez competente, quien resolverá según las normas del Código de Enjuiciamiento Criminal. Si los bienes pertenecen al autor del delito, se aplicará el artículo 33 del Código Penal.[20]

Los bienes que no pertenezcan al autor del hecho punible, o a cualquier persona penalmente responsable del evento, serán entregados por el Juez a las personas que acrediten propiedad o su derecho a reclamarlos, una vez concluido el sumario. Los bienes no reclamados o aquellos sobre los cuales nadie demuestre derechos para exigir su entrega, serán tratados conforme al precepto regulado en el artículo 33 del Código Penal.

20. Código Penal, artículo 33: "Es necesariamente accesoria a otra pena principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutará así: las armas serán decomisadas de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código; y los demás efectos serán asimismo decomisados y rematados para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipal, según las reglas del artículo 30"

La restitución directa de los bienes por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, procede siempre que no se trate de las cosas mencionadas en el artículo 5 de la ley especial. Una presunción del derecho a reclamar los bienes, opera a favor de quienes hayan hecho la denuncia de la pérdida o sustracción ante las oficinas del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, de cualquier otro cuerpo policial, o ante la Primera Autoridad Civil de la localidad. Si se reconociere a la persona que ostenta el derecho, será notificada personalmente de la recuperación para que, dentro de un plazo de treinta días, concurra a recibirlo.

Pero si se desconociere a los sujetos con derechos sobre las cosas recuperadas, o no se localizare al interesado, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial hará la debida notificación mediante cartel que se publicará mensualmente en un periódico de los de mayor circulación. En dicho cartel el organismo policial describirá todos los bienes recuperados durante el mes en todo el territorio nacional, indicando el sitio donde fueron hallados y el nombre del propietario o de la persona con derecho a reclamarlos. Pasados sesenta días a contar de la fecha de publicación, sin que ninguna persona acredite derechos sobre el bien, éste será sacado a remate, atribuyendo el producto al Fisco nacional.

Los bienes no serán entregados cuando concurran varias personas que pretendan derechos sobre ellos, si ninguna demuestra suficientemente haberse hallado en posesión para el momento de producirse la pérdida o la sustracción, o en los casos en que el organismo tenga fundadas dudas acerca de los derechos alegados por los reclamantes. La decisión en esta hipótesis corresponde a la autoridad jurisdiccional de la localidad, competente por razón de la cuantía, cuya estimación compete al Cuerpo Técnico de Policial Judicial, y con arreglo al procedimiento creado por la ley especial. Los bienes fácilmente corruptibles o deteriorables, o que ocasionen gastos de custodia o conservación no proporcionados a su valor, serán vendidos, al contado y por su precio corriente en el mercado, por el Cuerpo Técnico de Policía Judicial, con autorización de un Juez de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción respectiva. El dinero producto de esta operación será entregado a quien compruebe haber tenido derechos sobre el bien enajenado; pero si no se conociere al titular, no se le localizare, o no concurriere a hacer valer sus derechos después de notificado, el Cuerpo Técnico aludido hará una publicación en un periódico de la capital y en otro de la jurisdicción donde fue hallado. El dinero pasará al patrimonio nacional, cuando el interesado no comparezca a hacer valer sus derechos en el plazo de treinta días siguientes a la publicación.

La ley comentada instaura el procedimiento relativo al remate de los bienes recuperados y no reclamados oportunamente, por las personas con derecho a hacerlo. La venta en pública almoneda será presidida por un Juez de Primera Instancia en lo Civil y estará rodeada de suficiente publicidad. Del producto del remate se deducirán los honorarios de los peritos encargados de justipreciar las cosas y los demás gastos ocasionados, así como el monto de los créditos privilegiados, si los hubiere, siempre que los acreedores hayan acudido a hacer valer sus derechos aún en el acto del remate. El remanente será enterado en la Oficina Receptora de Fondos Nacionales mediante planilla de liquidación que expedirá el Jefe de la Oficina del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Un cincuenta por ciento de la cantidad será depositado, a fin de que las personas que tengan derechos sobre los bienes, los hagan valer dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha del depósito. Vencido este término sin que comparezca persona alguna, el saldo ingresará al Tesoro Nacional.

F) ***Cosas arrojadas por el mar (despojos)***

El artículo 805 del Código Civil remite expresamente a la disciplina de las cosas muebles perdidas, al referirse a los despojos arrojados por el mar, sobre las playas y, a las cosas provenientes de naufragios.

Los objetos a que alude el artículo 805 son distintos de los llamados *productos del mar,* que se extraen de su seno o se encuentran en las playas o riberas (peces, ostras, algas, etc.), los cuales se rigen por leyes especiales.

BIBLIOGRAFÍA

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*. 6ª edición. UTET, Turín, 1962.
Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*. Tomo II. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959.
Diniz, María Helena: *Código Civil anotado*. 3ª edición. Edit. Saravia, Sao Paulo, 1997.
Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*. Tomo II. 2ª edición. Logos, Caracas, 1951.
Latour Brotons, Juan: "La ocupación (crisis actual de un modo de adquirir el dominio)". En *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1957, pp. 261 y ss.
Mazeaud, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*. II-4. Traducción, Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes)*. Traducción, Licenciado José M. Cajica, Jr., Puebla, México, 1955.
Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953.
Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. Tomo II. (Reimpresión de la primera edición). Gráficas Sebastián, Madrid, 1953.
Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*. 14ª edición. Cedam, Padua, 1964.

Capítulo XII
La prescripción adquisitiva (usucapión)

69. Preliminar. 70. Los conceptos de prescripción extintiva y de prescripción adquisitiva. 71. Régimen general de la prescripción. 72. Objeto de la prescripción adquisitiva. 73. Cálculo del término útil para usucapir. 74. Causas que impiden, suspenden e interrumpen la prescripción. 75. Estudio de la usucapión veintenal. 76. El presupuesto de la posesión legítima. 77. El transcurso del tiempo (veinte años). 78. La usucapión decenal. 79. El requisito de la posesión legítima. 80. El título. La cuestión de los vicios del título. 81. La buena fe. 82. El transcurso de los diez años. 83. Efectos jurídicos de la usucapión.

69. PRELIMINAR

La disciplina normativa de la prescripción en el ordenamiento jurídico venezolano (Código Civil, Título XXIV del Libro III, arts. 1.952 y siguientes), obliga a considerar paralelamente los institutos de la prescripción *adquisitiva* y de la prescripción *extintiva*.

Desde este punto de vista, el Código venezolano de 1982 sigue el sistema del CC. italiano de 1865. Por el contrario, el CC. italiano de 1942 regula separadamente la prescripción extintiva y la usucapión (como modo de adquirir la propiedad y los derechos reales de goce), con lo que se dota de preceptos específicos a la usucapión, técnicamente separada de la prescripción (extintiva), aun cuando el artículo 1.165 aplique a este singularizado modo de adquirir, ciertas normas referen-

tes a las causas de interrupción, de suspensión y de cómputo de los términos, enmarcados en el Título de la prescripción, salvo las excepciones y alteraciones recogidas en los artículos 1.166 y 1.167.[1] Sobre esta misma línea se pronuncia el Código Civil portugués de 1966.

La consideración precedente, conduce a una cuidadosa tarea de calificación previa de las distintas reglas ductoras de la usucapción en el ordenamiento normativo venezolano, con el propósito de dotarlas de fisonomía propia y de comprender sus justos alcances en relación a la prescripción genéricamente entendida. Ello motiva que toda explicación inicial de la materia se halle precedida por la imprescindible escisión, que se practica entre la prescripción extintiva (como fórmula de liberación de las obligaciones) y la usucapión (como vehículo apuntado a la adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales, susceptibles de quedar adscritos al patrimonio a través de este instituto).

70. LOS CONCEPTOS DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Uno de los efectos del transcurso del tiempo, unido a las demás condiciones legalmente determinadas, es la prescripción, entendida de modo genérico (CC. venezolano, art. 1.952). En este sentido, la doctrina define la prescripción, como "el modo de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación gracias al goce prolongado de ese derecho o de esta libertad".[2]

El concepto adoptado por el legislador (Código Civil, art. 1.952) permite localizar una diferencia neta entre:

1. Barassi, Ludovico: *Diritti reali e possesso,* II, pp. 403 y 404. Fundan aún sobre la misma disciplina paralela la prescripción adquisitiva y extintiva, entre otros y además del venezolano, los Códigos argentino y español.
2. De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge,* VI, p. 70. Coincide sustancialmente el criterio de la doctrina con la definición acogida en el artículo 1.952 del Código Civil venezolano: "La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley". Etimológicamente, el vocablo "prescripción" se ha asociado a la *praescriptio,* que designaba en Roma la cláusula escrita a la cabeza de la fórmula pretoriana que autorizaba al demandado a valerse de todo tipo de excepciones y defensas, si oponía la tardanza del actor en intentar la demanda.

a) *La prescripción extintiva:* "Modo de extinción de una obligación" proveniente de una relación jurídica preexistente, por la inercia del acreedor y el transcurso del tiempo, y que suministra al obligado una excepción (de fondo) para rechazar la acción que el pretensor promueve contra él;[3] y

b) *La prescripción adquisitiva (usucapión):* "Modo de adquirir el dominio y otros derechos reales por la posesión a título de dueño durante el tiempo regido por la ley".[4] La doctrina dominante ha situado a la usucapión dentro de los *modos originarios* de adquirir.[5] Si la posesión "no es más que la actividad correspondiente al ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real, entra en el cuadro lógico de la posesión que aquella actividad conduzca a la *titularidad,* en el poseedor del correspondiente derecho".[6]

La mutación de una situación meramente fáctica en un derecho, puede llevarse a cabo en dos formas distintas:

a) *Sucesivamente.* Luego de la posesión durante un período más o menos prolongado, según se trate de una actuación posesoria de buena o de mala fe, aunada a la relativa inercia del titular del derecho que se adquiere (usucapión): el instituto aplicable no sólo a la adquisición del dominio, sino también a la de los derechos reales limitados (y poseíbles) sobre la cosa ajena. El tiempo, es una medida de la duración de la posesión apta para adquirir el derecho correspondiente.[7]

3. De Page, Henri: *Traité...,* VI, p. 71. La sola falta de ejercicio del derecho en el curso del tiempo, según Diez Picazo, no conduce a la prescripción, si a ello no se suma la falta de reconocimiento del derecho que ostenta el titular, por parte del sujeto (*La prescripción en el Código Civil,* pp. 29 y 39).
4. Espín Cánovas, Diego: *Manual...,* II, p. 105. Más exactamente: Enrico Gropallo, voz "Prescrizione Civile", en *Nuovo Digesto italiano,* X, p. 225: "Es un modo de adquisición de los derechos reales que se funda en el ejercicio del contenido de ellos por un período determinado".
5. Para todos, v., Alberto Montel: *Il possesso di buona fede,* p. 188. Falta el nexo de causalidad entre la adquisición del derecho y la pérdida o limitación en el precedente titular. La pérdida del derecho no es causa sino efecto de la adquisición por el usucapiente.
6. Barassi, Lodovico: *Diritti reali...,* II, p. 397.
7. *Cfr.* Díez Picazo, Luis: *La prescripción...,* p. 25.

b) *Instantáneamente.* Esto es, con la simple *toma de posesión* de los bienes muebles. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la toma de posesión de determinados bienes muebles con efectos trasladados a la adquisición del derecho de propiedad, opera en un campo distinto de la usucapión: la ocupación, siempre que concurran las otras características que tuvimos oportunidad de estudiar (*retro,* Capítulo XI, Nos. 66 y ss.); por otra parte, que la posesión de bienes muebles, equivalente al título con respecto a terceros de buena fe, si bien ofrece una problemática estrechamente ligada a la de usucapión, alude en forma directa a la adquisición *a non domino,* que será objeto de una exposición particularizada en su lugar correspondiente (*infra* "La reivindicación de bienes muebles en el ordenamiento jurídico venezolano").

Dentro de la esfera de la *prescripción adquisitiva,* y sobre la base del sistema normativo, la doctrina pone de relieve dos especies fundamentales:

a') La *prescripción veintenal,* que supone la posesión legítima del derecho correspondiente durante un lapso de veinte años;

b') La *prescripción decenal* (o abreviada), que presupone la posesión legítima del derecho correspondiente y la buena fe del poseedor, unida al transcurso del tiempo (diez años) y a las demás condiciones preceptuadas en el artículo 1.979. CC.

La teoría tradicional localiza el fundamento de la usucapión en el prolongado transcurso del tiempo, sin que el derecho real sea ejercitado por el titular, lo cual crearía una situación de *incertidumbre* no tutelable por el derecho positivo. Ahora bien, en el caso del derecho de propiedad, el titular que se abstiene de ejercer las prerrogativas que derivan del dominio, hace uso de una *facultad* que, por ello mismo, no es susceptible de generar una sanción patrimonialmente desfavorable. En otros términos, si se acepta –dentro de la misma línea de la teoría tradicional– que el derecho de propiedad es perpetuo, su no ejercicio es, por sí mismo, ineficaz para producir su extinción o *la de la acción reinvidicatoria* predispuesta para su defensa. Pero la posesión por alguien de la cosa objeto de dominio, a título de dueño, durante el tiempo establecido legalmente, produce la adquisición de la propiedad y, por consiguiente, la posibilidad de que al titular –inerte durante ese tiempo– se le oponga esta consecuencia como excepción de fondo.

71. RÉGIMEN GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN

La común disciplina trazada en el Código Civil venezolano, autoriza la elaboración un cuadro demostrativo de los aspectos conexos entre la prescripción extintiva y la usucapión. El propósito mismo de este tema, sin embargo, justifica que el catálogo de ejemplos ilustrativos, esté referido sobre todo a la usucapión, considerada como *modo originario* de adquirir.

A) *La prescripción no puede ser suplida de oficio*

Conforme al artículo 1.956 del Código Civil, el juez no puede suplir de oficio la prescripción, si la parte a quien aprovecha no la hace valer oportunamente en juicio.[8] Es necesario, no obstante, admitir que los efectos de la prescripción se producen independientemente de la circunstancia de que se la oponga o no en juicio, ya que "la prescripción no necesita, para producir efectos, del concurso de la voluntad"[9] de la persona contra quien actúa.[10]

B) *El destinario de la prescripción puede alegarla o renunciarla*

El enunciado impone, a la vez, el examen de un conjunto de normas establecidas en el Código Civil, dentro del capítulo de las "Disposiciones Generales" sobre prescripción. Por una parte, el alegato de la prescripción como defensa contra las pretensiones del actor, compete a la parte a quien favorece el efecto extintivo del nexo por obra del transcurso del tiempo, o la adquisición del derecho por la conjugación de este mismo factor con la posesión legítima. En la otra vertiente, la propia facultad atribuida al destinatario de la prescripción, le permite renunciar, *expresa o tácitamente, a la prescripción ya adquirida o consumada,*[11] siempre que el abdicante pueda disponer válida-

8. *Cfr.* Sentencia de la Casación venezolana de 22 de julio de 1959, en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, N.º 25, p. 68.
9. *Cfr.* Ricci, Francesco: *Derecho Civil teórico y práctico,* XII, p. 32. Agrega Ricci "...cuando el que puede oponer la prescripción no la opone, el juez no puede ni debe examinar si aquél, al tomar semejante actitud, cuida bien o mal de sus intereses; antes bien, considerando que su intención es no aprovecharse de la prescripción, debe circunscribirse a estimar que ésta no se ha producido" (*Op. cit.,* p. 33).
10. *Cfr.* Carrejo, Simón: *Derecho Civil,* II (Bienes-Derechos Reales), p. 204.
11. La renuncia puede verificarse por negocio jurídico unilateral o bilateral, incluso recibiendo el renunciante una contraprestación o promesa de la otra parte (Díez Picazo, Luis: *La prescripción...,* p. 62).

mente del derecho a que se refiere la prescripción (arg. arts. 1.954, 1.955, y 1.957 del Código Civil venezolano). La renuncia a la prescripción cumplida es *declarativa, retroactiva, unilateral* y se halla *exenta de formalidades especiales*, lo cual indica que puede ser justificada a través de cualquier medio probatorio. El acto de renuncia no exige, por otra parte, la aceptación ni la notificación de la parte a quien favorezca.[12]

La renuncia expresa resulta de la manifestación directa de la voluntad de no aprovecharse de la prescripción. Para que ello ocurra, la ley no reclama una fórmula especial (verbal o escrita).[13] La renuncia tácita "resulta de todo hecho incompatible con la voluntad de hacer valer la prescripción" (Código Civil, art. 1.957).[14] La renuncia, sin embargo, no se presume. Por tanto, toda manifestación dirigida a no hacer valer la prescripción debe revelarse *inequívoca y manifiesta*. Así, en el juicio reivindicatorio, si el demandado se limita a reclamar el pago de las mejoras realmente hechas en un fundo, y existentes aún, sin oponer al actor la usucapión, pese a haber poseído durante veinte años o más en concepto de dueño, se entiende que renuncia a los efectos del instituto.

El artículo 1.954 del Código Civil, restringe la eficacia de la renuncia a la prescripción ya adquirida o consumada. En realidad, la posibilidad de una renuncia anticipada tiene un valor puramente teórico en el área de la usucapión. La doctrina ha catalogado la renuncia "medio tempore" de la posesión *ad usucapionem* como un caso de *interrupción* de la prescripción adquisitiva.[15] Por el contrario, se discute todavía acerca de la eficacia de la convención que tiene por objeto abreviar o prolongar los lapsos legalmente predispuestos, para la consumación de la prescripción extintiva. Una densa corriente doctrinaria se inclina por negar validez a los pactos dirigidos a extender tales lapsos y a dotar, por el contrario, de eficacia a aquellos que tienden a abreviarlos, salvo que a tal resultante se opongan normas de orden público.[16]

12. Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 529.
13. La renuncia puede hacerse condicionadamente (Ricci, Francesco: *Derecho Civil*, XII, p. 39).
14. El artículo 2.514 del Código Civil colombiano señala, como ejemplo de renuncia tácita de la prescripción adquisitiva, la hipótesis de la persona que toma en arrendamiento la cosa una vez consumada la adquisición. *Cfr.* Carrejo, Simón: *Derecho Civil*, II, p. 207.
15. *Cfr.* Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 537.
16. *V.*, García Amigo, Manuel: *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1965. El artículo 2.936 del Código Civil italiano de 1942 declara la nulidad de los pactos dirigidos a modificar la disciplina legal de la prescripción.

El derecho adquirido mediante la prescripción, según Pugliese, retornaría, por fuerza del acto unilateral de la renuncia, "a aquel contra el cual la prescripción había cumplido su curso".[17] Ricci estima que el razonamiento precedente es criticable por su fundamentación. En efecto, la renuncia a hacer valer la prescripción consumada no genera una transmisión de derechos del abdicante al anterior titular, desde el momento en que la prescripción misma no implica traslación patrimonial del derecho a que se contrae.[18]

El derecho a renunciar a la prescripción se reduce a las personas que tienen capacidad para disponer (arg. art. 1.955 del Código Civil), por cuanto la renuncia supone disposición de un derecho ya integrado al patrimonio. Tal aserto conduce, necesariamente, al previo análisis de los actos que involucran disposición y de aquellos que tan sólo significan una mera administración del patrimonio. Los menores y los entredichos –conforme a la doctrina más extendida– no pueden renunciar a la prescripción. Diversa es la situación de las personas limitadamente capaces (menores emancipados, inhabilitados, etc.), quienes gozan del poder, si bien disminuido, de efectuar actos jurídicos válidos con la asistencia de quienes tienen a su cargo esta función.[19]

C) *Los derechos de terceros*

Aunque el deudor o el titular del derecho adquirido renuncien a la prescripción consumada, los acreedores o cualquier otro interesado en hacerla valer pueden oponerla (Código Civil, art. 1.958). La regla técnica no se aplica a cualquier tercero, sino a aquel que tenga un interés digno de tutela (así, por ejemplo, al sujeto que haya adquirido un derecho real sobre el bien usucapido). Alguna parcialidad de la doctrina sitúa la invocación de la usucapión por los acreedores, o por cualquier interesado, dentro de los casos de aplicación de la acción subrogatoria (art. 1.278 del Código Civil).[20]

17. *Cfr.* Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 537, N.° 278.
18. Ricci, Francesco: *Derecho Civil...*, XII, p. 41.
19. Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 540, N.° 280.
20. Montel, Alberto: *Il possesso*, UTET, Turín, 1962, p. 382. Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, p. 548. En contra: Díez Picazo, Luis: *La prescripción...*, p. 71.

72. OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Conforme al artículo 1.959 del Código Civil, la prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio. El dispositivo alude, indudablemente, a la usucapión y a los bienes que quedan fuera del ámbito de este modo de adquirir.

En estrecha conexión con la posesión, la prescripción adquisitiva involucra la consolidación de un estado de hecho, correspondiente al contenido de un derecho, por el transcurso del tiempo.[21] De este modo, es necesario entender que los derechos reales poseíbles son, por regla general, susceptibles de ser adquiridos, a través del ejercicio prolongado de su contenido. La doctrina ha elaborado lo que podría considerarse como un elenco tentativo de derechos reales y de bienes usucapibles, cuya síntesis se ajusta al plan siguiente:

A) Son susceptibles de usucapión: La propiedad; las servidumbres prediales continuas aparentes y discontinuas aparentes, así como las servidumbres continuas no aparentes y discontinuas no aparentes (arg. art. 720 del Código Civil),[22] las servidumbres negativas, la copropiedad, el usufructo, el uso, el derecho de habitación y la enfiteusis. La usucapibilidad, por tanto, se limita al derecho de propiedad sobre las cosas *in commercium* y a los *derechos reales limitados de goce* sobre la cosa ajena:[23] usufructo, uso, habitación, servidumbres. Por el contrario, las *garantías reales* (hipoteca, anticresis) escapan de la esfera de

21. *Cfr.* Gropallo, Enrico: "Prescrizione civile", en *Nuevo Digesto italiano*, cit., p. 223.
22. En sentido contrario: artículo 1.293 del Código Civil portugués de 1966 en vigencia a partir del 1° de junio de 1967: "No pueden adquirirse por usucapión: a) Las servidumbres prediales no aparentes; b) Los derechos de uso y de habitación".
23. Barassi, Lodovico: *Diritti reali*, II, p. 398.
24. En doctrina, el debate sobre la usucapibilidad del derecho real de prenda ha asumido contornos polémicos. Para la corriente tradicionalista existen pocas dudas sobre la no admisión de la prescripción adquisitiva como conducto idóneo para adquirir el derecho en cuestión. Se apoya básicamente en la circunstancia de que, si bien la constitución de la garantía confiere la detentación de la cosa, en cierta forma la prenda es un modo de ejercitar la obligación garantizada por ella. Así como no es usucapible un derecho de crédito, tampoco lo será la prenda, por una elemental aplicación del principio *accesorium sequitur principale* (Gropallo, Enrico: *loc. cit.*, p. 224). Por el contrario, en la actualidad es cada vez mayor el número de partidarios de la usucapibilidad del derecho real de prenda. Albaladejo García resume en los siguientes apartados las

actuación del instituto.[24] No son tampoco usucapibles los derechos relativos al estado civil de las personas, los derechos de la personalidad, los derechos políticos, los derechos de obligación,[25] el derecho hereditario, etc.

Ahora bien, conviene señalar –por lo que atañe a la prescripción extintiva– que la cesación de la posesión (inercia) del titular de los derechos reales limitados, durante el transcurso del término legalmente establecido, provoca la extinción de éstos: Código Civil, artículo 619 (con relación al usufructo); artículo 631 (con respecto al uso y a la habitación); artículo 752 (extinción de las servidumbres).

B) A la periferia del ámbito material de validez de las normas referentes a la usucapión, quedan relegados los bienes considerados *extra commercium* por la doctrina y cuya propiedad no puede adquirirse, entre otras razones, por cuanto su posesión no produce efectos jurídicos (CC., art. 778). Así, las cosas comunes (el aire, el mar), que por su abundancia en la naturaleza son aprovechables por todos, en la medida en que no se prestan a apropiación integral (pueden llegar a ser objeto de relaciones patrimoniales individualizadas);[26] los *bienes demaniales* del Estado, de las entidades que componen la nación, etc. Del mismo modo, no pueden usucapirse determinados bienes declarados imprescriptibles por el legislador. La Constitución de 1999 consagra casos específicos de bienes inalienables e imprescriptibles, *v.*, nota 103.

razones que fundan la postura afirmativa: a) El derecho de prenda es susceptible de posesión; b) Son perfectamente configurables situaciones en las que pueda operar la usucapión aplicable al derecho de prenda; c) Los fundamentos en que descansa la usucapión justifican lo mismo la del derecho de prenda que la de los demás derechos usucapibles; d) Pudiendo usucapirse el poder máximo sobre la cosa –derecho de propiedad– y reuniendo el de prenda las condiciones necesarias para ser usucapible, no se comprende por qué tal poder, más reducido que el dominio, no pueda adquirirse por usucapión; e) Existen otros derechos reales sobre la cosa ajena adquiribles por usucapión y, concretamente, derechos reales que pueden recaer sobre cosas muebles, como el usufructo y el uso; f) En el Código Civil se localizan normas que declaran con carácter general la usucapibilidad de la propiedad y de los demás derechos reales (Albaladejo García, Manuel: *Estudios de Derecho Civil*, pp. 48 y 49). Al limitar el Código Civil italiano en vigencia, la usucapión a los derechos reales de goce, quedan excluidos los de *garantía* (prenda, hipoteca, etc.) (*véanse*, arts. 1.158, 1.159 y 1.162).
25. Aun cuando abstractamente se admita la posibilidad de adquirir por usucapión los derechos a *prestaciones periódicas* en los que sea factible un ejercicio reiterado de su contenido (Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 224).
26. Gropallo, Enrico: *Prescrizione civile*, cit. p. 224 y retro, Capítulo II, N.° 12, III, B, b).

Los *bienes patrimoniales* del Estado, respecto de los cuales su actuación es comparable a la de los bienes pertenecientes a los particulares –con excepciones derivadas del mismo carácter y de la especial protección que, por interés general, se les adjudica–, pueden usucapirse (CC., art. 1960), aun cuando el término útil para la consumación de esta resultante, es mayor del establecido en el Código Civil (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, art. 28: "La propiedad y derechos reales sobre bienes nacionales pueden ser adquiridos por prescripción [...] El tiempo necesario para prescribir es de *veinte años* cuando existen justo título y buena fe, y de *cincuenta años,* cuando falten estos requisitos").

C) La usucapión actúa tanto con relación a los bienes inmuebles como sobre los muebles. Sin embargo, respecto de los muebles, se intercala una limitación surgida del principio consagrado en el artículo 794, primera parte, del CC.

73. CÁLCULO DEL TÉRMINO ÚTIL PARA USUCAPIR

La prescripción se cuenta por días enteros y no por horas, y se consuma al fin del último día del término (CC., arts. 1.975 y 1.976). Tratándose de la prescripción adquisitiva, ésta no comenzará a correr sino desde el día en que se inició la posesión *ad usucapionem con todos los requisitos* exigidos por la ley. Así, los actos violentos o clandestinos, sobre los cuales no puede fundarse la posesión legítima (art. 777), obstaculizarían la iniciación del cómputo del lapso útil, hasta que cese la violencia o la clandestinidad.[27]

La aplicación del artículo 1.975, CC., lleva a excluir del cómputo el primer día de que se trata *(dies a quo),* comenzando a contarse el lapso útil "desde las doce de la noche del día en que se adquirió la posesión o surgió el derecho contra el deudor", por lo que el día en que se comienza a poseer no queda comprendido en la prescripción.[28]

"La cuenta de los *años* se hace por la *cantidad de ellos;* es decir, por doce meses, sin tener en cuenta el número de días de cada mes".[29]

27. Barassi, Lodovico: *Diritti reali,* II, p. 413.
28. Ricci, Francesco: *Derecho Civil,* XII, p. 171.
29. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil,* II-4, p. 199.

Ahora bien, el lapso requerido para usucapir, puede ser cumplido por el mismo poseedor que invoca los efectos de este modo originario de adquirir, o a través de la unión de la posesión útil ejercida por él a la de sus causantes. Ello puede lograrse, en los supuestos de la accesión de posesiones y de la sucesión a título universal en la posesión, por el dispositivo contenido en el artículo 781 del Código Civil (*retro,* Capítulo VI, N.° 33).[30]

74. CAUSAS QUE IMPIDEN, SUSPENDEN E INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN

Cabe insistir en la observación que hiciéramos en la fase inicial del estudio. Las nociones expuestas, apuntan directamente a la adquisición de la propiedad o de otro derecho real (usucapible) de inferior rango. Se deja de lado, en virtud de ello, toda referencia al mecanismo de la extinción de los derechos de crédito por la inercia del titular de los mismos, por cuanto ello está reservado a la teoría general de las obligaciones en el derecho positivo, aun cuando la disciplina de la prescripción presenta –por razones históricamente explicables– un módulo dual en el Código Civil.

A) *Causas que impiden la usucapión*

Para la consumación de la usucapión *(decenal o veintenal),* el derecho positivo exige como constante la posesión legítima (art. 1.953). Este tipo calificado del *status* posesorio, se estructura en el sistema normativo venezolano, sobre la base de la conjunción de los elementos referidos en el artículo 772 del CC.

El ejercicio de los actos posesorios, por tanto, no se agota en la mera relación de hecho con la cosa. Esa "detentación" corpórea, ha de sumarse a la voluntad de ejercitar el derecho sobre la cosa, como si éste perteneciera al usucapiente. La posesión debe corresponder, exactamente, "a aquello que sería el normal ejercicio (del contenido) de la propiedad o de otro derecho real efectivamente existente".[31] En este sentido debe entenderse la expresión: "con intención de tener la cosa como

30. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...,* II-4, p. 200.
31. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.,* p. 225.

suya propia", empleada en el artículo 772, CC., o la equivalente: "comportamiento como titular del derecho poseído", manejada por la doctrina.

Las causas que impiden la prescripción adquisitiva se deben tanto a la *ausencia de posesión legítima,* como a una anomalía en el fundamento esencial del instituto. De ello resulta que el mediador posesorio, y en general los detentadores que poseen en razón de un título que los obliga a restituir y, que determina el reconocimiento de una posesión de grado superior a la suya, no pueden usucapir la cosa a ellos confiada,[32] al igual que sus herederos a *título universal* (CC., art. 1961). El concepto posesorio –de dueño o distinto del de dueño– se fija al comienzo de la posesión (CC., arts. 773 y 774). "Cuando exista una causa típica de esta adquisición (por negocio jurídico, por ejemplo: compraventa, arrendamiento), de ella se deducirá la intención y el concepto posesorio, de manera objetiva".[33] Si la adquisición tiene lugar sin la intervención de la voluntad del poseedor, esta circunstancia no influye en la calificación del concepto posesorio: el heredero cuyo causante poseía en concepto de dueño, seguirá poseyendo en ese mismo concepto; lo mismo que el heredero cuyo causante detentaba la cosa en concepto *distinto del de dueño* (como mediador posesorio, por ejemplo), continúa en la posesión en igual concepto (CC., arg. art. 1961, primera parte).

Los poseedores en nombre ajeno, no pueden transformar por su sola voluntad su concepto posesorio (CC., art. 1963), ni aun cuando cese la vinculación jurídica, en virtud de la cual detentaban la cosa, por cuanto su posesión estaría viciada de *equivocidad* respecto al *animus domini.* En efecto, su intención podría interpretarse ambiguamente frente a terceros, la mera continuación de tal detentación revestiría, o bien la presencia de un acto de tolerancia del propietario, o una manifestación de benevolencia de su parte.[34]

32. En la categoría de poseedores "precarios" se colocan: a) Quienes ejercen la posesión temporal de bienes del ausente; b) Los que poseen en virtud de un derecho real que no sea la propiedad (usufructuario, usuario, titular del derecho de habitación, acreedor pignoraticio), por lo que respecta a la adquisición del derecho de propiedad; c) Quienes poseen en razón de un derecho de crédito que los vincula al propietario (arrendatario, comodatario, mandatario) (Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 231). *Cfr.* artículo 1.290 del Código Civil portugués.

33. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 67.

34. *Cfr.* Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p 231.

El cambio del *concepto posesorio* requiere ser probado y no se verifica, en los casos a que alude el artículo 1.961 y a los fines de la posesión *ad usucapionem,* más que por *causa procedente de un tercero,* o por la oposición que el poseedor o sus herederos hayan *hecho al derecho del propietario.*

El cambio del concepto posesorio se denomina *"inversión (interversión) del título"* y se verifica por el mecanismo predispuesto en el artículo 1.961 del CC. En caso de interversión, el término necesario para usucapir comienza a correr desde que se transmita el título de la posesión.

a) *Interversión del título por causa procedente de un tercero*

La incidencia de esta fórmula suministra al poseedor una nueva *causa possessionis,* aunque estuviere fundada en un título inválido. Así, cuando el poseedor en concepto de arrendatario y procediendo de buena fe compra la cosa a un tercero, creyéndole propietario, fundará, a partir de entonces, una posesión *animus domini* apta para prescribir.[35] Observa Enrico Gropallo,[36] que algunos comentaristas exigen que el acto de enajenación a través del cual se transmite la propiedad al detentador (por un tercero), sea seguido por actos de oposición al derecho del propietario, o al menos que le sea notificado a éste, para que pueda tomar conocimiento de la transmisión, a fin de evitar los fraudes a que podría dar origen la confabulación del detentador con terceros que le procuren un título. Esta postura no es admisible. El acto de enajenación se hallaría viciado de simulación absoluta y resultaría inexistente, arrastrando consigo la ineficacia de la interversión.

b) *Interversión por la oposición al derecho del propietario*

El poseedor en nombre ajeno, ha de manifestar oposición al derecho del poseedor en concepto de dueño, mediante "actos que inequívocamente manifiesten su voluntad de iniciar una nueva posesión para sí". Tal voluntad *ha de exteriorizarse en términos posesorios, en la relación con la cosa.*[37] Según este punto de vista, no significa interversión del título el abuso, cometido en la tenencia, o la inejecución de los deberes emanados de la relación que vincula al poseedor, con el dueño de la cosa (negativa de pago de los cánones de arrendamiento por

35. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 69.

36. *Nuovo Digesto italiano*, vol. X, p. 231.

37. Martín Pérez, Antonio: *La posesión*, p. 69.

razones fundadas en el propio nexo contractual, por ejemplo), o la mera negación hecha por el tenedor de los derechos del propietario ante un grupo de personas. La formal oposición que el poseedor haga al derecho del propietario, debe entenderse como un conflicto entre ellos *sobre la cuestión de la propiedad.* Este conflicto puede revestir *forma judicial:* cuando el detentador se niega a restituir la cosa que el propietario reclama por pretenderse a sí mismo propietario, o cuando se niega a pagar el canon de arrendamiento por la misma razón, pero puede plantearse también *con prescindencia de una situación litigiosa* (Por ejemplo, si el inquilino notifica al propietario, que no pagará el canon de arrendamiento por cuanto ostenta derechos de propiedad sobre la cosa). Del mismo modo, la *interversión del título* es factible aun cuando *no haya ningún acto formal* (ejemplo: si el poseedor ejecuta actos públicamente, en concepto de dueño, con conocimiento del propietario y sin su oposición).[38] El elenco de casos enunciados revela, por tanto, que no bastaría el simple error en los herederos del poseedor *nomine alieno* sobre la cualidad de su causante, para producir la interversión del título: los causahabientes a título universal del detentador, seguirán poseyendo en el mismo concepto que su causante, a menos que su actuación configure alguno de los supuestos enunciados en el artículo 1.961, o cuando –de hecho– se haya verificado la interversión de su título. Por el contrario, pueden prescribir los causahabientes a *título particular* de los poseedores precarios, a quienes éstos hayan transmitido la cosa a título de propiedad (CC., art. 1.962).

La argumentación extractada del artículo 1.961, especialmente por lo que atañe a la lógica concordancia que ha de observarse respecto del artículo 1.953 (legitimidad en la posesión apta para usucapir), ha llevado a una parte de la doctrina tradicional a negar al *comunero* la posibilidad de usucapir la cosa íntegra. Esta opinión se apoya en la equivocidad que una posesión promiscua engendraría en la práctica, haciendo imposible la conformación de la posesión en concepto de dueño (v. caracteres de la posesión legítima: art. 772, CC. venezolano). En la actualidad, la teoría dominante admite sin grandes reservas la posibilidad de un comunero para usucapir la cosa común, o bien por el recurso de la "interversión del título", según las reglas explicadas, bien a través de la denominada *interversión de hecho,* cuya eficacia

38. *Cfr.* extensamente Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes),* p. 87, N.° 2.320.

reside, no en el campo del título, sino en el de la posesión (el comunero prescribiría no contra su título, sino más allá de su título).[39]

B) ***Suspensión de la prescripción***

"Se dice que la prescripción se suspende *cuando la ley impide que corra en favor de alguien. Su efecto consiste en que no se cuente el tiempo de la suspensión;* se debe omitir. Únicamente se cuenta el tiempo anterior a la suspensión, el cual es útil, y el que se adicionará más tarde al que corra cuando cese la causa de suspensión".[40]

Las causales de suspensión no eliminan el término transcurrido antes de su verificación. Apenas cesa la causa, la prescripción se reanuda desde el punto en que había quedado.[41] Las causas generadoras de la suspensión obedecen: a las relaciones que vinculan a aquel en contra del cual corre la usucapión con el usucapiente (en especial, relaciones de derecho de familia), o a las condiciones de capacidad del titular contra quien opera la prescripción (menores no emancipados, entredichos), o a la naturaleza de los derechos o de las acciones prescriptibles (*v.* arts. 1.964 y 1965 del Código Civil).

Las causas que suspenden la prescripción, enumeradas en el artículo 1.965 del Código, no tienen efecto respecto del tercero poseedor de un inmueble o de un derecho real sobre el mismo (Código Civil, art. 1.966, similar al art. 1.166 del CC., italiano de 1942 y al art. 2.121 del CC. italiano de 1865). Por *tercero poseedor* se entiende tanto el poseedor *sin título* como el poseedor con *título a non domino.* La cualidad del mismo debe ser valorada "no ya con relación al contrato que vincula a las partes sino a la posesión de quien invoca la usucapión".[42] Durante la vigencia del Código Civil de 1865, la Corte de Casación italiana se había pronunciado en el sentido de calificar como "tercero poseedor",

39. Sobre el planteamiento, v., Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 26 de enero de 1962, y nuestro trabajo: "Dos estudios sobre el derecho venezolano", Caracas, 1962, pp. 38 y ss.

40. Planiol, Marcel: *Tratado...,* p. 247, N.° 2.687. La suspensión significa la correspondiente *prórroga del tiempo,* lo que retarda la adquisición del derecho real ajustado a la posesión (Barassi, Lodovico: *Diritti reali,* II, p. 415. En igual sentido: Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...,* II-3, p. 419, N.° 1.177).

41. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...,* II-3, p. 419.

42. *V.,* comentario de Alberto Montel a la Sentencia de la Casación italiana de 16 de marzo de 1936, en *Foro italiano,* 1936, col. 1.004.

únicamente al sujeto, cuya posesión no tiene causa directa o indirecta en la actuación jurídica de las personas protegidas por el artículo 1.965, CC. venezolano (art. 2.120, CC. italiano de 1865), ni título común con las mismas personas. La Sentencia de 16 de marzo de 1936, emanada de ese mismo Tribunal, rectificaba un criterio cuya base de fundamentación ha de buscarse en las exposiciones de Pugliese. En efecto, en la línea de pensamiento de este autor, tercero poseedor es todo sujeto extraño a las personas protegidas por la ley, con la causa de suspensión cuyo título no tiene origen en ellas ni es común al que las mismas ostentan.[43]

La motivación doctrinaria aplicada para justificar la norma acogida en el artículo 1.966 puede sintetizarse así:

a) La necesidad de dar certeza a los derechos de los terceros;

b) La posibilidad de que, durante el transcurso del lapso útil, los derechos de las personas comprendidas en las causales enunciadas en el artículo 1.965, sean defendidos por sus representantes, o por ellas mismas, con lo cual se interrumpe la prescripción.[44] Tal norma no es aplicable a la usucapión decenal. Dentro de este supuesto, el tercero, que hubiere adquirido los bienes en virtud de un título sometido a los requisitos normados en el artículo 1.979, CC., ha de cumplir la prescripción de veinte años para aprovecharse de la usucapión ordinaria, siempre que su actuación posesoria se adapte a las exigencias del artículo 1.953 del CC.[45]

C) *Interrupción de la prescripción*

El efecto de las causas de interrupción de la prescripción, consiste en eliminar *retroactivamente* el tiempo transcurrido a favor del prescribiente, en forma tal que, si se iniciara nuevamente el proceso, el plazo anterior no entraría en el cómputo.[46]

Planiol define la interrupción "como la *superveniencia de un hecho* que, destruyendo una de la dos condiciones esenciales de la usucapión (permanencia de la posesión, inacción del propietario), hace inútil todo el tiempo transcurrido".[47]

43. Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva*, Nos. 218. ss.
44. *Cfr.* Ricci, Francesco: *Derecho Civil*, XII, p. 88.
45. *Cfr.* Ricci, Francesco: *Derecho Civil*, XII, p. 89.
46. *Cfr.* De Page, Henri: *Traité élémentaire...*, VI, p. 73; Mazeaud, Henri Leon y Jean: *Lecciones...*, II-3 p. 419; Barassi, Ludovico: *Diritti reali...*, II, p. 416.
47. Planiol, Marcel: *Op. cit.*, p. 242, N.° 2.679.

Los supuestos a que alude Planiol configuran, respectivamente, la interrupción natural y la interrupción civil (CC., art. 1.967).

a) *Interrupción natural*

La interrupción natural se verifica cuando el poseedor, por cualquier causa, deja de estar en el goce de la cosa *por más de un año* (CC., art. 1968). La pérdida de la posesión puede ocurrir, porque *voluntariamente* el poseedor deje de ejercitar los actos posesorios durante el tiempo antes señalado (abandona o renuncia), o porque la posesión le sea quitada por un tercero.[48]

El lapso establecido en el artículo 1.968, coincide con el término de caducidad, dentro del cual pueden ser promovidas las acciones dirigidas a hacer cesar los actos de perturbación, o de despojo, con el fin de conservar la integridad de la actuación posesoria. La recuperación de la posesión o la cesación de la perturbación, obtenidas al ser declarada con lugar la demanda, actúan retroactivamente.[49]

El abandono voluntario de la posesión produce la pérdida definitiva del tiempo anterior, aun cuando posteriormente se reanude la actuación posesoria.

En este sector, resulta decisiva la presunción de no interrupción disciplinada en el artículo 779 del CC.

b) *Interrupción civil*

Los artículos 1.969 y 1.973 enuncian las dos formas de interrupción civil de la prescripción adquisitiva:

a) La demanda judicial, aunque se intente ante un juez incompetente.

b) El reconocimiento del derecho del titular efectuado por el prescribiente.[50] El decreto, el acto de embargo y el cobro extrajudicial, son formas interruptivas, aplicables a la prescripción extintiva de los créditos.

48. *Ibíd.*, p. 242.
49. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Op. cit.*, II-4, p. 202.
50. El reconocimiento del derecho del propietario, transforma la posesión legítima en un concepto posesorio distinto del de dueño. Excluye la intención de poseer como propietario, para el futuro, e impide que comience una nueva usucapión hasta tanto no devenga legítima por interversión del título (Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 237).

Ahora bien, la demanda judicial intentada contra quien posee *ad usucapionem*, para surtir efectos interruptivos ha de encuadrar en los supuestos establecidos en la segunda parte del artículo 1.969.[51] Si la interrupción resulta del ejercicio de la acción reivindicatoria intentada por el propietario y ésta es declarada sin lugar, o si el actor desiste de la acción, se considerará que la prescripción no ha sido interrumpida (arg. art. 1.972, CC.).

Para evitar que la prescripción pueda consumarse a favor de un tercero poseedor de la cosa, el legislador suministra, a quien tiene un derecho pendiente de condición o término, la facultad de proceder contra ese tercero, a objeto de interrumpir la usucapión. "Tal juicio contra el tercero no tiene otro fin que conservar un derecho que pertenece ya a nuestro patrimonio, aunque dependiente de condición o sujeto a término".[52]

75. ESTUDIO DE LA USUCAPIÓN VEINTENAL

La norma contenida en el artículo 1.977 del Código Civil consagra el término de prescripción de las *acciones reales* (veinte años) y de las

51. "No es válido para interrumpir la prescripción, el registro de una copia certificada del libelo y del auto de emplazamiento, expedida por el Secretario (del Tribunal ante el cual ha sido promovida la demanda), pero sin que aparezca en la misma copia la solicitud del interesado al respecto y, sobre todo, el decreto del juez ordenando expedirla" (Sentencia de la Corte de Casación venezolana, en Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, de 28 de marzo de 1960, en *Gaceta Forense*, N.º 27, segunda etapa, pp. 150 y 151). Protocolizado el libelo de la demanda "el lapso de prescripción se reinicia". De no practicarse la citación y la prescripción pudiera consumarse, el legitimado activo queda facultado para protocolizarlo nuevamente para, así, alcanzar la interrupción. Carece de fundamento "la idea de que el nuevo registro debe ir precedido de una nueva solicitud de copia por ante el Tribunal de la causa..." (Casación venezolana Sentencia de 6 de diciembre de 1995). De interés resulta la Sentencia de Casación, de 2 de agosto de 1995, en lo que atañe a los efectos interruptivos del registro de la demanda con la orden de comparecencia cuando la acción se promueve ante un juez carente de *competencia* por razón del territorio: "Esa Oficina (a que alude el art. 1969 CC) no es otra que la correspondiente al territorio en el cual tiene competencia el Tribunal que expide la actuación a registrar" y no necesariamente la "Oficina de Registro de la jurisdicción del Tribunal competente por el territorio para conocer de la demanda".

52. *Véase*, Ricci, Francesco: *Derecho Civil...*, XII, pp. 120 y 121.

personales (diez años). Cabe una advertencia a los efectos de este esquema, donde sólo interesa considerar el primero de esos grupos de acciones. Si bien el precepto normativo citado, se refiere a la *prescripción de las acciones* dirigidas a obtener el reconocimiento de la titularidad sobre un derecho real (lo que involucra la idea de extinción de toda posibilidad de hacer valer procesalmente la titularidad que se alega), el verdadero sentido de la regla, se refleja en la adquisición del derecho real por la posesión (legítima) y el transcurso del tiempo, hecho éste que funciona como *excepción* oponible a la acción reivindicatoria (en el supuesto de adquisición del derecho de propiedad), o a la acción privativa del derecho real que se pretenda hacer valer en un determinado caso. De esta forma, la expresión correcta del dispositivo técnico mencionado, conduciría a la siguiente afirmación: Los derechos reales son adquiribles por usucapión de veinte años, a través de la posesión legítima, sin que pueda oponerse al prescribiente ni la carencia de título ni la ausencia de buena fe. Es evidente, entonces, que la usucapión del derecho –ajustado a la posesión que ejercita el prescribiente– coincidirá con la prescripción extintiva de la acción conferida al titular. La prescripción (extintiva) de la acción y la adquisición del derecho por conducto de la usucapión son dos fenómenos indisolubles.[53]

La adquisición del derecho de propiedad en razón de este instituto, dota al usucapiente de una acción –al propio tiempo– para reivindicar la cosa adquirida contra los terceros poseedores, y aun contra el antiguo propietario, "o para hacer declarar contra él la existencia de algún otro derecho adquirible (como una servidumbre continua y aparente) y efectivamente adquirido por la prescripción".[54]

76. EL PRESUPUESTO DE LA POSESIÓN LEGÍTIMA

Para adquirir por prescripción –de veinte o de diez años– la posesión equivalente al derecho que va a integrarse al patrimonio del usucapiente, ha de ser en *concepto de titular del derecho usucapible*, y deberá reunir los demás requisitos establecidos en el artículo 772, CC. (*V.*, art. 1953, CC.). La posesión en concepto distinto no da origen a la prescripción, a menos que se hubiere operado la interversión del tí-

53. *Cfr.* Díez Picazo, Luis: *La prescripción...*, pp. 50 y 51.

54. Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, IV, p. 457, N.º 414.

tulo en la forma antes explicada (*supra*, N.° 74), así como tampoco podrían servir de fundamento a la usucapión, los actos violentos, clandestinos, facultativos y de mera tolerancia desplegados por el pretendido usucapiente (*v.* art. 776, CC., por cuanto tal situación no sirve de base a la adquisición de la posesión legítima).

El precedente orden de ideas conlleva dos asertos consecuenciales:

a) Por una parte, la necesidad de probar la posesión legítima. La carga de la prueba gravita sobre la persona que pretende aprovecharse de la usucapión, oponiéndola como excepción a las pretensiones, de quien reclama la restitución de la cosa o el reconocimiento del derecho.

b) Por otro lado, la minimización del concepto "buena fe" como elemento configurativo de la prescripción veintenal. Por ello, el conocimiento de los vicios que puedan afectar el título, capaz de transferir el dominio que ostente el poseedor –conocimiento que incide negativamente en la buena fe–, no invalidaría la adquisición del derecho, si la posesión legítima se hubiere mantenido durante el lapso establecido en el artículo 1.977, CC.[55]

77. EL TRANSCURSO DEL TIEMPO (veinte años)

El CC. redujo el lapso útil para la consumación de la prescripción adquisitiva, regida por el artículo 1977, a veinte años (treinta años conforme al CC. de 1922, a los Códigos anteriores y al CC. italiano de 1865; v. también: CC. español, art. 1959).

Este término puede ser cumplido íntegramente por el mismo poseedor (legítimo) del derecho real usucapible, o puede computarse mediante el recurso a la *successio possessionis* (sucesión en la posesión), o a la *accessio possessionis* (accesión de posesiones) (retro, tema de la posesión, y art. 781, CC.).

A) La *successio possessionis* se verifica únicamente en la sucesión a *título universal.* Como ya se ha estudiado, el heredero adquiere la posesión, ejercitada por el causante, *ipso iure*. Tratándose de una *sola posesión* (no de dos posesiones disímiles), la condición posesoria del

55. *Cfr.* Sanojo, Luis: *Instituciones...*, IV, p. 458.

causante se refleja en la del heredero. La "sucesión" posesoria es *necesaria:* se proyecta en el causahabiente universal.[56] Por la nota señalada, la sucesión posesoria provoca la continuación de la posesión con el mismo carácter que tenía para el causante (si era un mediador posesorio, el causahabiente no podrá usucapir aunque crea firmemente que el *de cuius* poseía en concepto de dueño), salvo la interversión del título, lo cual escapa de estas consideraciones. La sucesión actúa, asimismo, en la buena fe. No se exige la buena fe en el heredero si ya existía en el *de cuius,* a objeto de que la prescripción iniciada por éste llegue a consumarse.[57]

B) La *accessio possessionis* es perceptible en los supuestos de sucesión a *título particular* y se revela en la unión de dos posesiones diversas (la del causante y la del causahabiente). Ambas posesiones han de ser, sin embargo, idóneas para el fin que se pretende alcanzar (en el caso concreto de la usucapión veintenal, ambas deben revestir los elementos típicos de la legitimidad, ex art. 772, CC.).

La accesión de posesiones es meramente facultativa para el sucesor a título particular (CC., art. 781, *in fine)* y presupone un vínculo jurídico entre el precedente poseedor y el actual.[58]

Del anterior orden de ideas se infiere, que una posesión viciosa (o en concepto distinto al de dueño), en el causante, no puede computarse con la posesión del causahabiente para completar el lapso útil para usucapir. Por otro lado, si la posesión del causante era en concepto de dueño y apta para usucapir, en tanto que la ejercida por el causahabiente adolece de algún vicio, éste no podrá valerse de la unión de las dos situaciones posesorias para invocar sus efectos.[59]

La prueba del transcurso del tiempo se facilita, en gran medida, por la aplicación de las *presunciones posesorias* (en particular las presunciones de no interrupción y de continuidad), analizadas anteriormente (*retro,* Capítulo VI, N.° 38).

56. Espín, Eduardo: "La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión", en *Revista de Derecho Privado,* 1943, p. 624.
57. Espín, Eduardo: *Loc. cit.*, p. 626.
58. Espín, Eduardo: *Loc. cit.*, p. 628.
59. Espín, Eduardo: *Loc. cit.*, pp. 628 y 629.

78. LA USUCAPIÓN DECENAL

"La prescripción de diez años es solamente adquisitiva. Para tal prescripción se necesita, además de la posesión legítima de diez años, de un *título y de buena fe*".[60] La prescripción adquisitiva decenal, por otra parte, únicamente es aplicable a los bienes inmuebles y a los derechos reales inmobiliarios.

El artículo 1.979, CC. venezolano permite delimitar así, los supuestos básicos para la consumación de la usucapión decenal:

a) Que se haya adquirido de *buena fe* un inmueble o un derecho real (poseíble) sobre el mismo;

b) Que la adquisición se funde en un *título debidamente registrado*, que no sea nulo por defecto de forma;

c) El transcurso de *diez años* contados desde la fecha de registro del título.

La concordancia lógica entre esta norma y el artículo 1.953 del CC., complementa el esquema de supuestos constantes en la doctrina tradicional;

a) Posesión legítima:

b) Título debidamente registrado;

c) Buena fe;

d) Transcurso de diez años.

79. EL REQUISITO DE LA POSESIÓN LEGÍTIMA

El ordenamiento jurídico venezolano basa la usucapión (art. 1.953) en la posesión legítima, la cual se estructura conforme a los caracteres normados en el artículo 772, CC. Por este motivo, la posesión viciosa, en especial la que se ejerce en concepto distinto al de dueño, no derivaría nunca en la adquisición del derecho.

60. Sanojo, Luis: *Instituciones...*, IV, p. 460.

80. EL TÍTULO. LA CUESTIÓN DE LOS VICIOS DEL TÍTULO

Título "es el negocio que sería idóneo en abstracto para producir la adquisición de la propiedad o de un derecho real menor, por tener una causa reconocida por la ley y por estar revestido de la forma adecuada, si una circunstancia particular no impidiera, en el caso concreto, la verificación de ese efecto".[61]

Dentro del propio Código Civil, el vocablo *título* ofrece los más variados sentidos. El artículo 773 del CC. preceptúa: "Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad...". Este dispositivo técnico alude a la cualidad del poseedor revestido del *animus domini*. El artículo 794 del CC. se refiere también al "título", pero, en esta oportunidad, para consagrar el principio de irreivindica-

61. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 239. "En cuanto al título, sólo es necesario que sea registrado y no adolezca de defectos de forma capaces de acarrear su nulidad; y, por ello, la doctrina y la jurisprudencia han establecido constantemente que para la prescripción adquisitiva basta que el título sea traslativo de propiedad, aun cuando no emane del verdadero propietario, pues tal prescripción ha sido consagrada precisamente para purgar el vicio de nulidad que pueda resultar de una circunstancia como la anotada o de incapacidad del otorgante o de haberse obtenido el título mediante error, violencia o dolo" (Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial, de 20 de noviembre de 1960, en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, segundo semestre de 1960, p. 56, N.° 266).
El título que alude el art. 1979 CC es el que presenta el interesado en apoyo de su aspiración, sin que pueda vincularse en modo alguno su validez a la de los anteriores que puedan existir. (Sentencia Casación de 15 de diciembre de 1977, G.F. vol. I, 3ª etapa, p. 342).
La parte final de este razonamiento sólo merece aceptación si se da entrada, simultáneamente, a la usucapión en casos de título viciado *a domino*, aunque la construcción terminológica del fallo permite un margen razonable de dudas en pro de la recta interpretación. Cabe mencionar también la Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal, de 20 de octubre de 1953, en *JTR*, vol. III (1953): "...no se hace indispensable que el título del vendedor del que invoca la prescripción adquisitiva sea perfecto, pues lo que se exige es el justo título de la persona que pretende la propiedad, ya que el derecho que el poseedor invoca no es el derecho de su causante, sino su posesión basada en su propio título; y el vicio o nulidad que resulte de no ser propietario legítimo quien transfiera el dominio... no quita al título su calidad de justo en el sentido expresado, pues precisamente la prescripción se ha establecido para purgar aquéllos" (p. 253).

bilidad de los bienes muebles (corporales) y de los títulos al portador, adquiridos *a non domino* por el tercero de buena fe. Estos dos ejemplos, destacan el diferente significado que el término asume en el artículo 1.979, CC. El título debe entenderse como el acto que transfiere la propiedad o constituye un derecho real inmobiliario susceptible de ser adquirido por usucapión, y –sobre todo aquí– como instrumento en el que se expresa la voluntad de generar tales efectos.

Al margen del título apto para prescribir adquisitivamente, se colocan los actos que simplemente declaran la propiedad u otro derecho real preexistente.[62] Por esta vía, es excluida como justo título, la transacción que verse sobre bienes controvertidos, cuyo dominio se reserva a una de las partes, a menos que por ese conducto se otorgue a una de ellas, a modo de compensación, la propiedad de un bien extraño al litigio. Igualmente se desecha como justo título la *partición*.

La doctrina ha construido en torno al título una sólida exposición sobre la naturaleza, caracteres y eficacia de los actos negociales, capaces de transmitir la propiedad o de integrar el derecho real (usucapible) de inferior grado. La materia de la usucapión resulta adaptable para la línea dominante, en cuanto la escisión entre *nulidad absoluta* y *nulidad relativa* (anulabilidad) del negocio jurídico.

a) La *nulidad absoluta* del negocio, impide la usucapión del derecho real correspondiente a la posesión ejercida (así en los supuestos de negocios, cuya causa es ilícita o contraria al orden público, o carentes de objeto). Tal título no puede generar efectos jurídicos y, en consecuencia, es inepto para servir de base a la usucapión decenal.[63]

b) *Las causas de nulidad relativa* (por ejemplo, inobservancia de las formalidades prescritas para la enajenación de bienes pertenecientes a incapaces, presencia de vicios del consentimiento, etc.) no obstan a la usucapión decenal. Ricci practica una doble distinción respecto de las consecuencias de las nulidades relativas. Si el título anulable *proviene del propietario* –o del titular, en general, del derecho real usucapible–, la disciplina y toda la problemática referida a la prescripción adquisitiva se desvanece: el adquirente se hace titular del derecho, no por conducto de este modo de adquirir, sino por obra del negocio traslativo del derecho. Perviviría –en sus casos– la acción para demandar la nulidad del negocio jurídico, la cual subsiste por cinco años, computables según las reglas predispuestas en el artículo 1.346 del Código Civil. Por el contrario, si el menor o el entredicho hubieren enajenado un bien perteneciente a persona distinta, sin el cumplimiento de las formalidades exigidas para la validez de los actos de disposición realizados por incapaces, el adquirente podrá usucapir por el transcurso de diez años, siempre que, además de la buena fe, reúna la cualidad de poseedor legítimo.

62. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 239.
63. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 240.

El justo título no debe ser *aparente*. La simulación, así, suele colocarse entre la causas que determinan la carencia de eficacia del título a los fines de la usucapión decenal. No obstante, la doctrina predica una neta diferencia:

a) *La simulación absoluta,* esto es, la mera apariencia de un negocio jurídico inexistente y, por tanto, no querido por los términos subjetivos del mismo, origina a un título *ficticio,* inepto para generar la adquisición del derecho y para servir de base a la especie calificada de usucapión en estudio.[64]

b) *La simulación relativa,* la cual se materializa cuando el acto hace fe de un negocio diverso de aquel, que las partes han pretendido realizar (donación encubierta bajo la apariencia de una venta, por ejemplo). En este plano, el negocio simulado, puede constituir un título idóneo a los fines de la usucapión.

Con respecto a los títulos de adquisición pendientes de condición, Ricci estudia separadamente las proyecciones de la condición resolutoria y de la condición suspensiva:[65]

a) Si el título está sometido a *condición resolutoria* (Código Civil venezolano, art. 1.198, segunda parte), se produce la transferencia del derecho y el título puede estimarse eficaz, para fundar la usucapión (de modo expreso: CC. argentino, art. 4.014, segunda parte). Verificándose el hecho erigido en condición, las cosas retornan a la situación en que se hallaban al tiempo de la celebración del contrato. El título de adquisición "no tiene ya valor frente al pro-

64. Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione...*, p. 594 y Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 240.
65. Ricci, Francesco: *Derecho Civil...*, XII, p. 211, N.° 240.

pietario reivindicante, pero mientras la condición resolutoria no se cumple, el poseedor puede invocar la prescripción".[66]

Con ella se da entrada a la posesión de buena fe sólo cuando, no habiéndose verificado la condición, el negocio cumpla función traslativa.[67]

b) Si el título de adquisición pende de *condición suspensiva* (Código Civil, art. 1.198, primera parte), en tanto no se verifique el acontecimiento futuro e incierto al que se conecta la eficacia del acto, éste no podría constituir un título que apoye la usucapión[68] (expresamente: CC. argentino, art. 4.014, primera parte).

El *título revocable* (revocación de donación a causa de ingratitud o por superveniencia de hijos, por ejemplo), es justo título en tanto no se produzca la revocación, no en el caso contrario.[69]

Por lo demás, el título debe ser constante e invariable, por lo que atañe al acondicionamiento de la situación posesoria, apta para conducir a la adquisición del derecho correspondiente por el transcurso del tiempo. Se exige, además, que sea *específico y determinado*: el derecho a usucapir ha de ser el mismo indicado en el título.[70]

Pero el artículo 1.979 del Código Civil intercala, también, como condición esencial para que se consume la usucapión decenal, el *registro* del título y que éste no sea nulo por defecto de forma. En otros términos, la transcripción del instrumento probatorio del acto traslativo o constitutivo del derecho real usucapible. La "forma" a que alude la norma citada, es aquella "específica, necesaria, para la existencia de ciertos actos" (como el instrumento registrado en la donación de inmuebles, conforme al artículo 1.439, CC.).[71]

La confirmación o ratificación del título nulo no generará un nuevo título, sino que revelará la voluntad del interesado de no oponer la nulidad que lo afecta. El lapso de prescripción, en estos casos, comen-

66. Ricci, Francesco: *Op. cit.*, pp. 212 y 213.
67. Montel, Alberto: *Il possesso di buona fede*, p. 98.
68. Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione*..., p. 600; Ricci, Francesco: *Derecho Civil*..., XII, p. 213; Montel, Alberto: *Il possesso di buona fede*, p. 99.
69. Montel, Alberto: *Il possesso di buona fede*, p. 99.
70. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 240.
71. *Cfr.* Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione*..., pp. 618 y ss.

zaría a computarse *a partir de la fecha del título ratificado* y, no desde el momento del acto que contiene la ratificación o la convalidación.

81. LA BUENA FE

El término *buena fe* debe entenderse en el sentido de errónea creencia del adquirente "sobre la existencia del derecho de propiedad del enajenante, cuando se trata de un no propietario",[72] o sobre la titularidad que ejerce el constituyente de otro derecho real usucapible. En otras palabras, la firme creencia (radicada en el poseedor) de que quien le transfirió el dominio del bien era el verdadero propietario y podía, en consecuencia, disponer del mismo.[73]

Elemento subjetivo de la buena fe viene a serlo, entonces, fundamentalmente, la ignorancia de que el transmitente (o el constituyente del derecho real de menor jerarquía, en su caso) no disponía, patrimonialmente del bien, cuya posesión ejerce el adquirente en virtud del negocio traslativo.

El poseedor puede ser una *persona jurídica;* en tal caso, la investigación de la buena fe debe recaer en la conducta de los administradores. De igual modo, es posible que la adquisición del derecho se verifique *a través de representantes*. En tal caso, cabría indagar si el representado era o no de buena fe. La buena fe se presume siempre. El propietario asume la carga de la prueba contraria a esta presunción (en particular, que la usucapión decenal no se ha verificado por el conocimiento que el poseedor tenía de adquirir de un *non dominus)*.

72. Planiol, Marcel: *Tratado elemental*..., p. 237, N.° 2.667.
73. *Cfr.* Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 20 de noviembre de 1960. ("La buena fe para esta prescripción consiste en la creencia del adquirente de que quien transmitió la cosa era su verdadero propietario, y esa buena fe debe existir en el momento que se adquiere la cosa, sin que importe que el adquiriente conozca, después, que el enajenante no tenía el derecho..."), en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, segundo semestre de 1960, p. 56, N.° 266, y la Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil de la Primera Circunscripción Judicial, de 3 de junio de 1957, en *JTR.*, vol. VI, tomo 2 (1957), p. 322.

82. EL TRANSCURSO DE LOS DIEZ AÑOS

El lapso útil para adquirir por usucapión decenal se computa desde la fecha del registro del título (Código Civil, art. 1.979).[74] Las nociones expuestas (*supra*, N.° 77) acerca de la accesión de posesiones y de la sucesión (a título universal) en la posesión ejercida por el causante, son perfectamente adaptables a esta materia. Pero la distinción oriunda del Código Civil francés (art. 2.265) y que alude a la duración de la prescripción (diez años si el verdadero propietario habita en la jurisdicción de la Corte de Apelación donde se halla ubicado el inmueble, y veinte años si está domiciliado fuera de ella), carece de relevancia en el sistema positivo venezolano.

83. EFECTOS JURÍDICOS DE LA USUCAPIÓN

A) *Adquisición del derecho correlativo a la posesión*

Consumada la usucapión, el poseedor adquiere la propiedad o el derecho real correspondiente a la posesión ejercida durante el lapso preestablecido.[75]

B) *La llamada "retroactividad de la usucapión"*

Una vez verificada la usucapión, el poseedor se reputa titular "no sólo a partir del día del vencimiento, sino también en el pasado, *desde el momento en que comenzó a correr la prescripción*".[76]

74. El artículo 1.294 del Código Civil portugués de 1966, textualmente preceptúa: "Habiendo título de adquisición y registro de éste, la usucapión tiene lugar: a) Cuando la posesión, siendo de buena fe, hubiere durado diez años, contados desde la fecha del registro; b) Cuando la posesión, aun de mala fe, hubiere durado quince años, contados desde la misma fecha".

75. Planiol, Marcel: *Tratado elemental...*, p. 250. Nos. 2.706 y 2.707.

76. Planiol, Marcel: *Tratado elemental...*, p. 251. Expresamente: Código Civil portugués, artículo 1.288: "Invocada la usucapión, sus efectos se retrotraen a la fecha de inicio de la posesión". La usucapión opera *ex tunc*, esto es, proyecta sus efectos desde el momento en que se inicia la *posesión* apta para adquirir el derecho poseible. Significa, como lo asevera el profesor Orlando Gomes, que la totalidad de los actos cumplidos por el poseedor son válidos, que no está obligado a restituir los frutos pese a que la posesión sea de *mala fe*, y que los actos cumplidos por el anterior titular del derecho, durante el lapso necesario para usucapir, decaen cuando la adquisición se consuma. *v.*, Gomes, Orlando: *Direitos reais*, 9ª ed. Ed. Forense, Río de Janeiro, 1995, p. 164.

Las resultantes conectadas a las reglas enunciadas se reflejan:

a) En lo que se refiere a los frutos percibidos (aun por el poseedor de mala fe), los cuales le son reconocidos al usucapiente en forma definitiva.

b) En la persistencia de los *iura in re aliena*, adquiridos por terceros sobre la cosa.

"La extensión de la adquisición cumplida mediante usucapión está estrechamente determinada por la extensión de la posesión ejercitada *(tantum praescriptum quantum possessum)*".[77] La situación del usucapiente queda restringida, en esta forma, a las situaciones jurídicas sobre cuyo contenido despliegan su influencia los actos posesorios. El ejercicio de la posesión en concepto de dueño sobre un fundo, por la misma razón, deja intactos los derechos reales constituidos por el anterior titular, salvo su extinción por efecto de la prescripción. Ello conduce al rechazo de la tesis de la liberación de los *iura in re aliena (usucapio libertatis)* como derivado de la adquisición del derecho.[78]

C) *El juicio declarativo de usucapión*

En la doctrina venezolana, la prescripción adquisitiva ha sido tratada, en principio, y procesalmente, como excepción (de fondo), y sus proyecciones más notables se localizaron en la posibilidad de enervar la acción reivindicatoria (y, en general, las acciones de tutela de los derechos reales usucapibles) promovida por el propietario del bien susceptible de ser adquirido a través de ese mecanismo.[79]

Con la reforma del Código de Procedimiento Civil (de 22 de enero de 1986), se instauró en el ordenamiento jurídico venezolano, el denominado "juicio declarativo de prescripción", el cual abre las compuertas a la acción que apunta hacia el logro de un pronunciamiento,

77. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 237.

78. Ampliamente, y para los argumentos favorables a las tesis contrapuestas, v. Montel, Alberto: "Il possesso della cosa come libera in rapporto a l'usucapione", en *La disciplina del possesso nel Codice Civile italiano*, pp. 294 y ss.

79. Gropallo, Enrico: *Loc. cit.*, p. 238. "Es admisible la acción dirigida a demandar el reconocimiento de la posesión legítima ejercitada sobre un inmueble y la usucapión del derecho de propiedad sobre el bien. Estos pedimentos encajan dentro del campo de las acciones merodeclarativas" (Sentencia de la C.S.J. en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, del 25 de junio de 1964, en *G. F.* en N.° 44, 2ª etapa, pp. 273 y ss).

jurisdiccionalmente controlado, en torno a esta forma de adquirir la titularidad.[80]

Es permisible destacar que el texto normativo actualmente en vigencia, se orienta ostensiblemente a la organización de un sistema, cuyo objeto está circunscrito a los *bienes inmuebles* y a los *derechos reales inmobiliarios* (arg. arts. 690 y ss. del CPC).

El pretensor propondrá la acción, mediante demanda en forma, ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil del "lugar de situación del inmueble", contra todas las personas que aparezcan como "propietarias o titulares de cualquier derecho real sobre el inmueble", acompañando "certificación del Registrador en que conste el nombre, apellidos y domicilio de tales personas, y copia certificada del título respectivo" (CPC, art. 691). El Juez debe ordenar la *citación* de los demandados y la publicación de un *edicto* "emplazando para el juicio a todas aquellas personas que se crean con derechos sobre el inmueble". En el seno del debate cuyas reglas describe el Código (arts. 692 y ss), se exige a la persona que intervenga en virtud del edicto, la presentación de "prueba fehaciente del derecho que invoque sobre el inmueble" (CPC, art. 695), expresión ésta, propulsora de innumerables interrogantes merecedoras de planteamientos reservados a los dominios del Derecho Formal.

Por lo demás, la sentencia firme y ejecutoriada que declare con lugar la demanda, será protocolizada en la Oficina de Registro competente, y generará los efectos a que se refiere "el ordinal 2° del artículo 507 del Código Civil".[81]

---

80. *V.*, en materia reservada a la acción de declaración de certeza de la propiedad: Aguilar, José Luis: *Derecho Civil*, II, Cosas, bienes y derechos reales, Caracas, 1989, p. 216.
81. Para la estructura del juicio declarativo de prescripción, en otros ordenamientos jurídicos, resulta de interés la importante monografía del doctor Augusto M. Morello: *El proceso de usucapión*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, Manuel: *Estudios de Derecho Civil.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955.

Barassi, Lodovico: *Diritti reali e possesso.* Tomo II. Dott. A. Giuffre, Milán, 1952.

Carrejo, Simón: *Derecho Civil.* II (Bienes-Derechos Reales). Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1962.

De Page, Henri: *Traité élémentaire de Droit Civil belge.* Tomo VI. Etab. Emile Bruylant, Bruselas, 1941.

Diez Picazo, Luis: *La prescripción en el Código Civil.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.

Esparza Bracho, Jesús: "El alcance de la cosa juzgada en la sentencia declarativa de usucapión". En *Estudios Jurídicos,* Caracas, 1990.

Espín Cánovas, Diego: "Función del justo título en la adquisición del derecho por usucapión". En *Revista de Derecho Privado,* octubre de 1968, pp. 833 y ss.

Espín, Eduardo: "La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión". En *Revista de Derecho Privado,* 1943, pp. 593 y ss.

García Amigo, Manuel: *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual.* Edit. Taunus, Madrid. 1965.

Gómez Acebo, F.: "La buena y la mala fe; su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil". En *Revista de Derecho Privado,* 1952, pp. 101 y ss.

Gropallo, Enrico: Voz "Prescrizione civile". En *Nuovo Digesto Italiano,* vol. X.

Henríquez La Roche, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil.* Tomo V. Caracas, 1998.

Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil.* Parte II, vols. III y IV. Traducción, Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ejea, Buenos Aires, 1960.

Martín Pérez, Antonio: *La posesión.* Madrid, 1958.

Montel, Alberto: *Il possesso.* 2ª edición. UTET, Turín, 1962.

Montel, Alberto: *Il possesso di buona fede.* Cedam, Padua, 1935.

Montel, Alberto: *La disciplina del possesso nel Codice Civile italiano.* 2.ª edición. G. Giappichelli, ed., Turín, 1951.

Pugliese, Giuseppe: *La prescrizione acquisitiva.* 4.ª edición, UTET, Turín, 1921.

Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes)*. Traducción. José M. Cajica. Edit. José M. Cajica, Jr., Puebla, México, 1955.
Ricci, Francesco: *Derecho Civil teórico y práctico*. Tomo XII. La España Moderna, Madrid.
Sanojo, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. Tomo IV. Gráficas Sebastián, Madrid, 1954.

Capítulo XIII
Las acciones de defensa del derecho de propiedad

84. PREMISAS

Los medios de defensa procesal del derecho de propiedad se dirigen, normalmente, a la eliminación de los obstáculos que impiden el goce pleno del objeto de este derecho. Tales obstáculos consisten, bien en la negación por parte de un tercero, de la titularidad pretendida por el legitimado activo, bien en la actuación contraria al deber general de respeto, que asumen todos los titulares, con relación a las facultades conectadas al goce que se atribuye al propietario. "Una violación del derecho de propiedad, bajo la forma de impedimento del *derecho de disponer* y como consecuencia de la privación de la posesión del bien a cargo del propietario, es difícilmente concebible, dado que la transferencia del derecho de propiedad puede realizarse aun cuando el propietario que lo enajena carezca de la posesión del bien".[1]

1. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 364.

El objetivo central de este estudio es el análisis, mecanismo y efectos de la acción reivindicatoria. Las anotaciones preliminares, aluden a la distinción entre la acción de declaración de certeza del dominio y la acción reivindicatoria. Una sección final está destinada a la llamada "acción de deslinde".

85. LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE CERTEZA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La acción declarativa de certeza del derecho de propiedad, presupone solamente que un tercero niegue o discuta el derecho atribuido al propietario.[2] El titular del derecho, en consecuencia, únicamente demanda que se afirme, a través de un pronunciamiento del organismo jurisdiccional competente, que el bien le pertenece y que –por otra parte– las pretensiones del tercero carecen de fundamento evidenciable. "Tal demostración lleva consigo la carga de probar la inexistencia del derecho del demandado, salvo que tal inexistencia sea efecto normal del derecho reconocido al actor (como es el de propiedad)".[3] La declaración de la existencia del derecho de propiedad, puede envolver el resarcimiento de los daños que la negación pudiera haber inferido al propietario, siempre que tales daños hayan sido alegados y demostrados en su magnitud y cuantía en el curso del correspondiente juicio.[4]

2. En la actualidad se acepta que la acción de declaración de certeza de la propiedad y la acción reivindicatoria difieren fundamentalmente por el hecho de que la primera se dirige a la simple declaración de la titularidad, mientras que la segunda, como acción de *condena*, tiende a conseguir el bien indebidamente poseído por terceros. Se admite, igualmente, que la reivindicación presupone la posesión de la cosa pretendida por el actor en manos de un tercero, pero, de igual modo, la acción declarativa de certeza puede ser propuesta por quien no posea el bien cuya titularidad pretenda.Quien proponga la acción de declaración de certeza sin estar en posesión del bien, debe probar rigurosamente su derecho de propiedad, al igual que el reivindicante (*Cfr.* Sentencia de la Casación italiana, de 18 de septiembre de 1965, en *Rivista di Diritto Civile,* 1966, II, pp. 118 y 119).
3. Messineo, Francesco: *Manual...,* III, p. 365. Bianchi, Francesco: *Corso di Codice Civile italiano,* IX-2, p. 100. Los artículos 548, 1.496 y 1.497 del Código Civil disponen de presupuestos distintos. La reivindicación corresponde al propietario; las dos normas citadas en segundo lugar están referidas al vendedor, una vez que se ha hecho la tradición de la cosa vendida. Cuando se vende un fundo con indicación de la cabida, a razón de tanto por medida (ejemplo: el fundo "A" con extensión de cinco mil metros cuadrados a Bs. 10,00 el metro cuadrado) otorgado el documento y hecha la tradición, el vendedor se habrá desprendido de la propiedad de la totalidad del fundo "pues la intención fue la de vender el fundo entero y no el número de hectáreas que se dieron como extensión del mismo. En estas condiciones, no siendo dicho vendedor propietario ya de ese fundo, mal podría intentar la acción reivindicatoria con que el artículo 548 del Código Civil favorece al propietario, si más luego apareciere que el fundo vendido tenía mayor cabida, tanto más cuanto que tampoco podría sostenerse que el comprador ocupa o detenta ese excedente, ya que también le fue vendido. Lo que ese vendedor tendrá a su favor son las acciones de los artículos 1.496 y 1.497 del Código Civil y no la acción reivindicatoria del artículo 548 del Código Civil"."En cambio, si se vende por un precio determinado un lote de terreno también determinado que forma parte de una mayor extensión que se reserva el vendedor (como en el caso de autos: 2.103,92 metros cuadrados por Bs. 315.588), si luego descubre el vendedor que el comprador está ocupando una mayor extensión de lo vendido... ya no se estaría en el caso anterior, pues lo ocupado en exceso no habría pasado a su propiedad...". Puede intentar la acción reivindicatoria y nunca las acciones de los artículos 1.496 y 1.497 del Código Civil (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, de 4 de mayo de 1966, en *Gaceta Forense,* N.° 52, pp. 383 y 384).

86. ESTUDIO PARTICULARIZADO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

A) *Concepto*

La manifestación procesal del *ius vindicandi* inherente al dominio lo constituye la acción reivindicatoria.

4. Sin embargo, en la reivindicación también se logra una declaración del derecho de propiedad, sólo que el actor pretende algo más: la restitución de la cosa que se halla en poder del demandado (Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà,* p. 828). Difiere, asimismo, la acción reivindicatoria de la llamada acción negatoria, que supone únicamente un atentado parcial contra el derecho de propiedad (Butera, Antonio: *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale,* p. 289), aun cuando la base de sustentación de ambas reposa en la prueba del derecho de propiedad que, en el ámbito procesal, ha de asumir el actor, y en la reafirmación del dominio frente a terceros que pretenden sobre la cosa un derecho (restricción, carga) limitativo de las facultades del titular. La finalidad de la acción *negatoria* radica, por consiguiente, en la declaración –jurisdiccionalmente controlada– de que sobre el bien no existen limitaciones del dominio en provecho de otros sujetos distintos del titular y, lateralmente, que las restricciones o actos de éstos carecen de fundamentación normativa (*Cfr.* Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà;* Brugi, Biagio: *Della proprietà,* II). La sentencia favorable al actor niega el derecho esgrimido por el tercero y confirma la libertad del dominio.

El artículo 548 del Código Civil venezolano preceptúa:

"El propietario de una cosa tiene el derecho de reivindicarla de cualquier poseedor o detentador, salvo las excepciones establecidas por las leyes.

Si el poseedor o detentador después de la demanda judicial ha dejado de poseer la cosa por hecho propio, está obligado a recobrarla a su costa por cuenta del demandante; y, si así no lo hiciere, a pagar su valor, sin perjuicio de la opción que tiene el demandante para intentar su acción contra el nuevo poseedor o detentador".

Sobre la base normativa del artículo transcrito es factible la elaboración del concepto doctrinario de la acción reivindicatoria. Material utilizable a este fin lo suministran las definiciones más frecuentes. Así, según Puig Brutau, es "la acción que puede ejercitar el propietario *que no posee* contra el poseedor que no puede alegar un título jurídico como fundamento de su posesión".[5]

De Page estima que la reivindicación es "la acción por la cual una persona reclama contra un tercero detentador la restitución de una cosa de la cual se pretende propietario".[6]

Ambos conceptos –por vía de ilustración sobre los criterios que presiden la doctrina en forma pacífica– fundan la reivindicación en la existencia de un derecho *(la propiedad)* y en la ausencia de la posesión del

5. *Fundamentos de Derecho Civil*, III, p. 145. En el juicio por reivindicación es procedente el secuestro de la cosa reivindicada, por interpretación amplia de la expresión "posesión dudosa" empleada por el legislador en el art. 375, ord. 2° del C.P.C. de 1916 (artículo 599, ord. 2° del CPC vigente) (Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 24 de enero de 1972, en *Jurisprudencia* de Ramírez y Garay, Tomo XXXIII, p. 18). Sin embargo, este criterio fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, Sentencia de 27 de junio de 1972: Con base en el artículo 548 CC. "resultaría un contrasentido afirmar en el libelo de demanda que el demandado posee la cosa objeto de reivindicación a fin de hacer enmarcar la acción en el contenido del artículo citado y alegar al mismo tiempo que la posesión es dudosa, para lograr así la medida de secuestro"... "La posesión que ejerce el demandado contra quien se propone una acción reivindicatoria no puede ser dudosa, sino cierta, todo lo cual impide que el secuestro en una acción de tal naturaleza sea procedente, y sin que para discutirlo en estos juicios, pueda dársele a la norma en cuestión "un sentido amplio, pudiendo investigarse el aspecto de la posesión con más amplitud e independencia", como lo sostiene: la recurrida" (*Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay Tomo XXXIV, p. 440).

6. *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, Tomo VI, p. 105.

bien en el legitimado activo. Suponen, a la vez, desde el ángulo del legitimado pasivo, la detentación (o posesión) de la cosa sin el correlativo derecho. La acción reivindicatoria se halla dirigida, por tanto, a la recuperación de la posesión sobre la cosa (de la que el titular ha sido despojado contra su voluntad) y a la declaración del derecho de propiedad discutido por el autor del hecho lesivo.[7] En esta hipótesis, la restitución del bien aparecería como una resultante del derecho de propiedad, reconocido por el pronunciamiento del organismo jurisdiccional competente. La acción reivindicatoria es "*acción de condena* o, cuando menos, *acción constitutiva*, en el sentido de que, además de tender a la declaración de certeza del derecho de propiedad, tiende a obtener que, para el futuro, el demandado dimita la posesión, restituyéndola al propietario".[8]

Pero entre la reivindicatoria y otras acciones, cuyo objeto es, asimismo, la restitución, median divergencias apreciables. El arrendador, en efecto, puede promover una acción tendente a recuperar la cosa arrendada; el depositante puede hacerlo contra el depositario, para la recuperación de la cosa depositada; el comodante, contra el comodatario y el poseedor, para la restitución de la cosa dada en prenda, después de extinguido el crédito garantizado, etc. La escisión entre este grupo de acciones (de restitución) y el sector integrado por la reivindicatoria, procede de dos notas básicas. Por una parte, la pretensión de restitución esgrimida por los sujetos ejemplificativamente designados, procede de una relación, o de un conjunto de relaciones jurídicas, que confiere a los legitimados pasivos de las mismas un poder temporal de goce o de detentación de la cosa cuya reintegración se reclama, y a través de la cual se constituye una *mediación posesoria*. El titular, en consecuencia, tan sólo persigue el cumplimiento de uno de los deberes a cargo del sujeto a quien atañe esa facultad (temporal) de emplear en su propio beneficio –o en beneficio del primero– las ventajas que provienen de la cosa misma. Por otro lado, gravitan entre uno y otro

7. El juez, al ordenar la restitución de la cosa al demandante, practica con ello un expreso pronunciamiento, en orden al *dominio* conectado patrimonialmente al actor, y en orden a la *posesión* que eventualmente ejerció el demandado. La constatación del derecho de propiedad en su plenitud viene a constituir así la meta primordial de la sentencia (Brugi, Biagio: *Della proprietà*, II, p. 572).

8. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 365 y 366.

sector, las mismas diferencias que entre las acciones *reales* y las acciones *personales*.[9]

B) *Caracteres*

a) La acción reivindicatoria es una acción real, petitoria, de *naturaleza esencialmente civil.*[10] Se ejerce *erga omnes*, cualquiera sea

9. El profesor Eduardo J. Couture observa que la clasificación de las acciones en "reales" y "personales" corresponde, más bien, a una clasificación de los *derechos* invocados en el proceso. La acción "es una sola, cualquiera sea la pretensión que en ella se haga valer" (*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 31). La distinción ha arraigado, sin embargo, en las exposiciones de los autores afiliados a las tesis tradicionales, y en la legislación formal (CPC, venezolano, art. 40 y ss.). En la doctrina nacional, Marcano Rodríguez entiende por *acción personal* "aquella por medio de la cual podemos obligar a otros a darnos, a hacer o a no hacer lo que nos haya prometido o lo que algún hecho suyo lo constituya en la obligación de ejecutar o de omitir en nuestro favor", y por *acción real*, la que "aun dirigiéndose contra alguna persona, no lo es en razón de ninguna obligación o prestación que deba directamente al actor, sino en virtud de un derecho que éste tenga sobre alguna cosa, en oposición a quien pretenda un derecho igual o semejante sobre la misma cosa" (R. Marcano Rodríguez: *Apuntaciones analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano*, Editorial Bolívar, Caracas, 1941, pp. 11 y 12); o también, aquella que "tiene por fundamento un derecho real, es decir, lo que se ha convenido en denominar *Ius in re*. Su objeto es la propiedad o una de sus desmembraciones y se dirige contra el poseedor o detentador de la cosa sobre la que recae el derecho" (*Rèpertoire Gèneral Alphabetique de Droit Français*, Ed. Fuzier-Herman, II, p. 302, N.° 42).

10. La acción reivindicatoria es una acción real: "La doctrina le reconoce naturaleza esencialmente civil, aun cuando el actor sea comerciante. En dicha acción, la razón fundamental que la autoriza no es ni el acto de comercio, ni la cualidad de comerciante del demandante, sino la lesión al derecho de propiedad, como es la detentación de la cosa por el sedicente propietario de la cosa reivindicada" (Sentencia de la Corte de Casación de 9 de abril de 1959, en *Gaceta Forense*, N.° 24, segunda etapa, pp. 39 y ss.). "La acción reivindicatoria es de naturaleza civil y la competencia para conocer de ella, por razón de la materia, corresponde a la jurisdicción civil" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 15 de junio de 1967, en *Repertorio Forense*, vol. 4, 1967, pp. 250 y 251); la misma doctrina es aplicable a la acción resarcitoria accesoria de la demanda por reivindicación (Sentencia C. S. J., Sala Política Administrativa, de 14 de noviembre de 1972, en *Jurisprudencia* de Ramírez y Garay, vol. XXXVI (1972), pp. 445 y 446. En el fallo citado en último término, la Corte Suprema afirma el carácter de orden público de las cuestiones relacionadas con la competencia judicial para conocer de la acción reivindicatoria, por lo cual puede alegarse por vez primera en Casación.

el detentador. Puede intentarse contra todo poseedor actual que carezca de título de propiedad.[11]

La Corte Federal y de Casación (Sentencia de 29 de octubre de 1934) decidió que no es necesario que se determine nominalmente la acción, bastando que se deduzca su carácter, de la relación de los hechos y fundamentos de derecho presentes en la demanda.

Por el contrario, una *acción personal* de restitución no puede intentarse sino contra el deudor y se resuelve, por regla general y en último término, con la indemnización de daños y perjuicios.

b) La acción reivindicatoria supone la *prueba del derecho de propiedad* por parte del demandante. En cambio, una *acción personal* está condicionada únicamente a los vínculos creados por la relación jurídica establecida entre acreedor y deudor.

c) La acción reivindicatoria supone la *privación o la detentación* posesoria de la cosa, por quien no es propietario.

d) Como acción real, dirigida a la defensa de un derecho de esta misma naturaleza, la acción reivindicatoria *no es susceptible de prescripción extintiva* (CC. portugués, art. 1.313). La formulación del artículo 1.977, CC. venezolano (art. 2.262, CC. francés, aunque divergente en cuanto al lapso), puede conducir a una solución de signo opuesto: "Todas las acciones reales se prescriben por veinte años...", ya que tratándose, en la hipótesis en estudio, de una acción real, quedaría subsumida en el tipo descrito en la norma citada. Semejante predicado, sin embargo, es parcialmente erróneo, como pudo constatarse en otro lugar (*retro*, Capítulo XII, N.° 70). La inercia del propietario, el no uso de la cosa por veinte años o más, no provoca resultantes negativas para el derecho del titular, tornándose ineficaz para liquidar el dominio, si –por su parte– un tercero no ejercita los actos posesorios correspondientes al contenido del derecho por igual lapso, en forma tal que pueda consumarse en su provecho la usucapión. Expresado de otro modo, el simple hecho de que el propietario haya permanecido inerte en el despliegue de las facultades conectadas al dominio por más de veinte años, no enerva la acción reivindicatoria si el adversario no hubiere adquirido el derecho correspondiente por actuación del precitado insti-

11. *Cfr.* Borrell y Soler: *El dominio...*, p. 508.

tuto.[12] Por lo demás, la aseveración categórica de que el no ejercicio del derecho, durante un lapso dado, lo extingue, no ha de adjudicarse exclusivamente (como característica) a los derechos de crédito (*v.*, igualmente, Capítulo V, N.° 26).

87. REQUISITOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La procedencia de la acción reivindicatoria se halla condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) El derecho de propiedad o dominio del actor (reivindicante);

b) El hecho de encontrarse el demandado en posesión de la cosa reivindicada;

c) La falta de derecho a poseer del demandado;

d) La identidad de la cosa reivindicada: esto es, que la cosa reclamada sea la misma sobre la cual el actor alega derechos como propietario.[13]

Según la doctrina de nuestros tribunales los requisitos son (*véase*, Sentencia del Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial, de 24 de mayo de 1955);

a) Cosa singular reivindicable

b) Derecho de propiedad del demandante

c) Posesión material del demandado

d) Identidad de la cosa objeto de la reivindicación

En virtud de ello, el actor deberá probar en el juicio respectivo:

a) Que es propietario de la cosa

b) Que el demandado posee o detenta el bien

12. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 370; *Rèpertoire Gèneral Alphabetique*, tomo 33, p. 313, N.° 149.
13. *V.*, Puig Brutau, José: *Fundamentos...*, III, p. 145. Expresamente sobre el requisito de la identidad de la cosa objeto de la demanda de reivindicación, consúltese el importante ensayo del doctor Octavio Andrade Delgado: "Comentario de una sentencia venezolana sobre reivindicación", en *Revista de la Facultad de Derecho*". UCV, N.° 8, 1956, pp. 167 y ss.

c) Que el bien cuyo dominio pretende es el mismo que posee o detenta el demandado (identidad).[14]

88. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La acción reivindicatoria corresponde exclusivamente al propietario contra el poseedor que no es propietario (arg. art. 548 del Código Civil venezolano). En consecuencia, recae sobre el actor la carga de la prueba de su derecho de propiedad y, de la posesión que el demandado ejerce sobre el bien reivindicado. Con ello, la determinación de la cosa, viene a ser una consecuencia lógica en la demostración de la identidad.

Faltando la demostración del derecho de propiedad, el actor sucumbirá en el juicio aunque el demandado no pruebe, de manera clara e indubitable, su derecho en apoyo de la situación en que se encuentra. No es el demandado quien debe probar el dominio. Es el actor a quien compete la prueba.[15]

Por obra del aserto anterior, no se concebiría la reivindicación por parte del (primitivo) titular que ha abandonado la cosa. En efecto, si alguien toma posesión de la cosa (mueble) abandonada, se convierte a su vez en propietario de ella y el bien se hará irreivindicable. En la vertiente opuesta, si nadie ha tomado posesión de la cosa, el antiguo propietario podrá readquirirla, sin necesidad de promover el juicio reivindicatorio.[16]

El bien adquirido a través de un contrato subordinado a una condición *suspensiva*, sigue perteneciendo al enajenante antes de verificarse el evento del cual pende la verificación de la condición. En el intervalo, el enajenante podrá ejercer todas las acciones petitorias, y en particular la acción reivindicatoria. Sobre distinto plano de sustentación, gravita la hipótesis del contrato traslativo, sometido a condición

14. Borrell y Soler, Antonio María: *El dominio...*, p. 519.
15. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 777.
16. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, II-4, p. 349. El reivindicante debe ser propietario al tiempo de la proposición de la demanda, y debe permanecer como tal hasta el pronunciamiento de la sentencia. La propiedad sobrevenida no convalida la acción intentada sin derecho (Butera, Antonio: *La rivendicazione*, p. 175).

resolutoria: aunque la transmisión del dominio permanezca en suspenso por la incertidumbre de la realización del acontecimiento, el negocio produce todos sus efectos, transmite al adquirente el dominio y lo legitima activamente para ejercitar las acciones tutelares de éste.[17]

Ahora bien, la posesión, aun en concepto de dueño (legítima), no atribuye la acción reivindicatoria. Esta posesión podrá servir de base para adquirir el dominio –por usucapión–, pero por sí sola no es atributiva de tal.[18]

Los autores suelen poner de relieve las dificultades que ofrece la demostración del derecho de propiedad. Si la adquisición fuere originaria, tales dificultades se obviarían considerablemente a través de la demostración del *hecho generador* (por ejemplo, la toma de posesión en la ocupación). Pero si la adquisición es derivada o derivativa (por ejemplo: la transferencia dominical por efectos de la compraventa), será necesario que el actor no sólo exhiba el título en cuya virtud adquirió, sino que justifique el derecho del causante que le transfirió el dominio y los derechos de la serie de causantes precedentes (ya que nadie puede transmitir más derechos de los que realmente tiene). Esto último originaría lo que la doctrina tradicional ha denominado la *probatio diabolica*, sólo obviado por el instituto de la prescripción: si el reivindicante demuestra que ha poseído por sí, o por su causante (unión de posesiones o accessio possessionis), durante el lapso requerido para la consumación de la usucapión, estará dispensado de toda otra prueba.

En síntesis, por lo que se refiere a la prueba, dominan estos criterios:

a) Al actor incumbe la justificación de la propiedad de los bienes reclamados, ya fundándose en un título legítimo de dominio,[19] en la posesión inmemorial o en la posesión continuada durante el tiempo requerido para prescribir. Al decir que "el reivindicante necesita tener título de dominio no se quiere significar que deba presentar un título escrito"; título significa no sólo la prueba preconstruida del derecho sino la justificación dominical.[20]

b) La falta de título de dominio, impide que la acción prospere, aun cuando el demandado asuma una actitud puramente pasiva en el curso del proceso.[21]

En la relación procesal no sólo el legitimado activo puede ser el propietario singular. La acción reivindicatoria puede intentarla el copropietario contra terceros que desconozcan el dominio a los comuneros, en su propio nombre e interés y en el de éstos. La finalidad de la acción sería la restitución de la cosa a la comunidad, temporalmente poseída o detentada por un tercero.[22] Un sector de la doctrina admite la reivindicación promovida por un comunero, contra los condueños que desconocen su derecho concurrente sobre la cosa común. No obstante, se discute, la verdadera naturaleza de una acción de tal género y, conforme a las teorías dominantes, se la califica dentro de las acciones declarativas de derechos.[23]

17. Bianchi, Francesco, S.: *Corso di Codice Civile italiano*, IX, parte II, p. 38.
18. V. Borell y Soler, Antonio María: *El dominio*, p. 513.
19. Si la propiedad se adquiere y se transmite, entre otros medios, por sucesión, siendo la partición de los bienes hereditarios un *título declarativo* de la propiedad que, "por virtud de la sucesión y sobre las cosas partidas, se atribuye al heredero, es indudable que el documento de partición, otorgado conforme a la ley, es título bastante y suficiente para comprobar la propiedad de una cosa...", ya que él declara la propiedad que se tenga sobre el bien heredado cuya reivindicación se intente (Doctrina de la Casación venezolana: *Sentencia de 7 de junio de 1960*, ponencia del doctor *J.R.* Duque Sánchez, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 28, pp. 229 y 230).

20. *Cfr.* Borell y Soler, Antonio María: *El dominio*..., p. 521. La demostración del derecho de propiedad "puede fundarse tanto en un título justificativo de dominio como en la posesión continuada durante el plazo señalado por la ley para la prescripción adquisitiva". No es necesaria la presentación de un título escrito "porque el término técnico *título de dominio* no equivale a documento preconstituido, sino a *justificación dominical*" (Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 7 de marzo de 1964, en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 263).
21. Para que pueda prosperar la acción reivindicatoria el actor debe suministrar una doble prueba: que está investido de la propiedad de la cosa y que el demandado la posee *indebidamente*. El demandado no está obligado a aducir prueba alguna para la conservación de su posesión. La prueba del actor se completa... Si no ha probado esos dos extremos, acumulativamente, la demanda fatalmente será rechazada por falta de pruebas (Sentencia del *Juzgado Primero de Primera Instancia* en lo Civil de la Primera Circunscripción *Judicial*, 27 de junio de 1955, en *JTR*, IV, p. 548). (*Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual*..., III, p. 366).
22. *Cfr.* Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà*, p. 831. "Por tanto, la sentencia no podrá obligar al demandado a restituir al actor toda la cosa, como si le perteneciera por entero. En tal hipótesis el copropietario podrá obtener cuando más una sentencia declarativa de su derecho, y no conseguir de por sí la restitución de la cosa para él solo". Parcialmente en contra: Bianchi, Francesco S.: *Corso*..., vol. IX, parte II, p. 957. Para las críticas a la fundamentación de este autor, consúltese: Branca, Giuseppe: "Della comunione", en *Commentario del Codice Civile*, dir. por Scialoja-Branca, Roma, 1954, p. 145.
23. V., Sentencia de la Corte de Casación venezolana, de 7 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, N.° 17, segunda etapa, pp. 223 y ss.

Las entidades de Derecho Público, tienen esta acción respecto de sus bienes patrimoniales (dominio privado).

Por lo demás, la acción reivindicatoria es *cesible*, y siéndolo, la venta del bien lleva implícita esta cesión y autoriza al comprador a reivindicar. La cesibilidad de la acción reivindicatoria se acepta en la actualidad sin reservas.[24]

Constituye aún centro de debate la llamada *reivindicación del vendedor de cosas muebles*, acción consagrada en el artículo 1.532 del Código Civil venezolano (art. 1.513 del Código Civil italiano en 1865) y en los artículos 991 y 993 del Código de Comercio venezolano, reformado en 1955. Son presupuestos de la acción en referencia:

a) La naturaleza mueble de la cosa vendida;

b) El acto negocial (venta) sin plazo para el pago del precio;

c) La falta de pago (aun parcial);

d) La posesión centrada en el adquirente, desde luego que la transmisión a un tercero de buena fe pondría en actividad el mecanismo del artículo 794, primera parte, del Código Civil;

e) La persistencia del mismo estado que las cosas tenían para el momento de la entrega;

f) La proposición de la acción en el plazo de quince días, computado a partir de la fecha de entrega (plazo de caducidad).

Las mayores vacilaciones de la doctrina provienen de una situación evidenciable: la conclusión del contrato de venta de cosas determinadas (o individualizables si se trata de cosas genéricas) *transfiere*, en principio, *el dominio al comprador*, titular de la acción reivindicatoria con arreglo a las nociones vertidas en este apartado.[25] Dada esta premisa, la interpretación del artículo 1.532 dio origen a las siguientes posturas por vía de interpretación:

a) La norma alude impropiamente a la *acción reivindicatoria*, si se parte del principio conforme al cual sólo se le admite *contra el*

24. *Véase* el importante comentario de Fernando J. López de Zavala: "La reivindicación por el comprador", en *Revista Jurídica*, N.° 3, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina, pp. 283 y ss.

25. De Gregorio, Alfredo: "Vendita", en *Nuovo Digesto italiano*, vol. XII-2, p. 974.

comprador y en término brevísimo (Bonelli, Satta).[26] El vendedor readquirirá la posesión del bien mueble, pudiendo demandar *luego* la resolución del contrato o limitarse a hacer empleo del derecho de retención, hasta tanto le sea abonado el precio;

b) El artículo 1.532 disciplina, en realidad, una acción resolutoria del contrato de venta;

c) La voluntad de resolver el contrato surge de la demanda de reivindicación, que es el medio idóneo para readquirir la posesión de la cosa.[27]

En la actualidad, la inclinación de la doctrina llevaría a aceptar –pero no de modo pacífico– que el vocablo "reivindicación" ha sido incorporado impropiamente en el artículo 1.532,[28] y que el recto sentido del dispositivo técnico únicamente confiere al vendedor la facultad de exigir la restitución de la cosa para ejercitar el derecho de retención hasta tanto el precio le sea pagado. Se objeta, sin embargo, que esta solución ataría indefinidamente al vendedor al contrato, por lo cual la decisión correcta participa de la respuesta ofrecida *sub* b), que confiere al vendedor una auténtica acción resolutoria del contrato.[29]

La disciplina normada conforme a los artículos 991 a 993 del Código de Comercio, difiere del régimen circunscrito al artículo 1.532 del Código Civil:

a') Porque se aplica en el caso de que para la fecha de la quiebra, el comprador no esté en posesión de la mercancía;

b') Porque opera cualesquiera sean las modalidades de la venta, es decir, aun cuando haya sido aplazado el pago del precio;

c') Porque no despliega eficacia plena en perjuicio de *terceros*, que hayan adquirido del comprador la mercancía, antes de recibirla, sobre facturas o conocimiento, o sobre facturas y cartas de porte (Código de Comercio, art. 931, aparte 3).

26. De Gregorio, Alfredo: "Vendita"..., p. 974.

27. De Gregorio, Alfredo: *Loc. cit.*, p. 975.

28. Degni, F.: *La compraventa*, traducción de Francisco Bonet Ramón, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 407.

29. *Cfr.* Degni, F.: *Op. cit.*, p. 407.

Pese a estas observaciones, los problemas sugeridos por las normas indicadas del Código de Comercio son similares a los descritos con relación al artículo 1.532 del Código Civil.[30]

89. LEGITIMACIÓN PASIVA

La acción reivindicatoria va dirigida contra el poseedor o detentador de la cosa.

Ahora bien, "la falta de derecho a poseer del demandado, a pesar de estar él mismo en posesión de la cosa, es uno de los requisitos imprescindibles para que pueda prosperar la acción reivindicatoria".[31] Se requiere que la posesión "no esté fundada en un título que la haga compatible con el derecho de propiedad".[32] El propietario no puede reivindicar la cosa contra el arrendatario, el comodatario, el depositario, el acreedor prendario ... "Sólo si estos poseedores pretendieran transformar el título de su posesión, sufriría un menoscabo el derecho del propietario, y aun en tal caso, no sería propiamente la acción reivindicatoria sino la declarativa del remedio procedente".[33] La relación obligacional vigente entre el propietario y el poseedor de la cosa, permite al primero ejercitar las acciones contractuales que correspondan según el caso (arrendamiento, depósito, comodato, etc.).[34] "Sin embargo, una vez extinguida la misma relación, el propietario podrá accionar para recuperar la cosa que le pertenece mediante una acción que constituye, en el fondo, una reivindicatoria simplificada".[35]

En razón del derecho de persecución que corresponde al titular del derecho real, no enerva los efectos de la acción la ulterior transmisión de la cosa, una vez intentada la demanda (tesis de la *ficta possessio*).[36]

30. De Gregorio, Alfredo: *Loc. cit.*, p. 976.
31. Puig Brutau, José: *Fundamentos...*, III, p. 148.
32. *V.*, Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 365, N.° 2, y p. 366.
33. Puig Brutau, José: *Fundamentos...*, III, p. 143.
34. Mazeaud, Henri, Leon y Jean: *Lecciones...*, II-4, p. 350.
35. *Cfr.* Puig Brutau, José: *Fundamentos...*, II, p. 149, y Borrell y Soler, Antonio María: *El dominio...*, p. 508.
36. Resultaría cuando menos ilógico, admitir la procedencia de la acción reivindicatoria contra quien haya dejado de poseer la cosa para el momento de intentarse la demanda. Faltaría, con ello, uno de los extremos (la posesión de la cosa cuya restitución se pretende) necesarios para la reivindicación. (Barassi, Lodovico: *Proprietà...*, p. 832).

Por ello, la segunda parte del artículo 548 preceptúa: "Si el poseedor o detentador, después de la demanda judicial ha dejado de poseer la cosa por hecho propio, está obligado a recobrarla a su costa por cuenta del demandante; y si así no lo hiciere, a pagar su valor, sin perjuicio de la opción que tiene el demandante para intentar su acción contra el nuevo detentador o poseedor". Por tanto, integrado el supuesto de hecho previsto en la norma, el demandado deberá:

a) Recuperar la cosa, a su costa, por cuenta del reivindicante; o

b) Pagar su valor al demandante, si no pudiere recuperarla (porque la cosa se ha destruido o si, por cualquier otra circunstancia, no la puede recuperar).

En consecuencia, si una vez intentada la demanda cesa el demandado de poseer la cosa, por hecho que le sea imputable, se concretaría una nueva legitimación pasiva, figurada en el nuevo poseedor o detentador, en cuyo caso se requeriría un nuevo juicio.[37] Pero esta nueva legitimación pasiva no excluye la del precedente demandado, si éste ha cesado de poseer o detentar la cosa por hecho propio (enajenación o derelicción, por ejemplo). Se estaría en presencia, entonces, de *dos legitimados pasivos* y el propietario podría elegir al nuevo poseedor, o proseguir el juicio instaurado contra el primero, quien tiene la obligación de recuperar la cosa a su costa o, a falta de ello, reintegrar su valor.[38]

37. "La sentencia recaída en juicio reivindicatorio, no puede afectar los derechos adquiridos sobre el inmueble objeto de la reivindicación por terceras personas. Tal sería el caso del inmueble adquirido por un tercero de buena fe, *antes de dictarse la sentencia:* al actor sólo le quedaría la opción prevista en la última parte del artículo 548 del Código Civil" (Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial, de 12 de diciembre de 1956, en *JTR*, vol. V, p. 782).
38. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 777. Luego de intentada la demanda "si el poseedor demandado deja de poseer la cosa por hecho propio, no se obliga al demandante a demandar sucesivamente a los nuevos poseedores o detentadores de la cosa, lo que resultaría injusto, dispendioso y antijurídico, sino que se obliga al demandado poseedor, en beneficio del demandante, a reclamar la cosa. Resultaría improbable que el actor se complicara con una nueva demanda contra un tercero ajeno al pleito en vez de actuar contra su contraparte, para que recobre la cosa, en ejercicio del derecho que expresamente le reconoce la citada disposición" (Sentencia de la Corte Superior Primera de lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 21 de mayo de 1968, en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, 1968, Primer Trimestre, vol. XVIII, p. 43).

No provocaría similar consecuencia la circunstancia de que el poseedor, con *anterioridad* a la proposición de la demanda, se hubiere desprendido de la cosa aun por hecho propio. El único legitimado pasivo será en este caso el nuevo poseedor o detentador, porque en el primitivo faltaría uno de los requisitos esenciales de la reivindicación: la posesión del bien.[39] Quedaría, no obstante, abierta la posibilidad de dirigir contra el enajenante una acción (personal) resarcitoria de los daños, que su conducta hubiere inferido al patrimonio del *verus dominus*.

El demandado está provisto, por su parte, de un nutrido grupo de excepciones oponibles a las pretensiones del actor. Entre ellas:

a) *La inexistencia del derecho de propiedad fundante* de la acción (sobre la base, por ejemplo, de que el propietario había abdicado del dominio), o el vicio de nulidad absoluta que afecte el título del reivindicante (no así la nulidad relativa);

b) *La prescripción adquisitiva.* Si el demandado demuestra haber poseído legítimamente la cosa durante diez o veinte años, según los casos, adquiere por usucapión. Son aplicables al respecto las nociones sobre impedimentos, interrupción y suspensión de la prescripción ya analizados (*retro*, Capítulo XII, N.° 74), para neutralizar la defensa del demandado. Si este último no hace valer la usucapión, no podrá tampoco oponerla en un sucesivo proceso, por interferencia del principio según el cual "lo juzgado cubre lo deducido y lo deducible".[40]

39. Según el planteamiento elaborado por Bianchi (*Corso di Codice Civile italiano*, p. 51), si aun en el curso del juicio el demandado se ve privado de la cosa, sin dolo o culpa de su parte, el juez deberá absolverlo necesariamente. El propietario podrá reivindicar siempre del nuevo poseedor.

40. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 777. "No obstante, según nuestro sistema registral el título que, debidamente inscrito en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente, exhiba el propietario, puede ser desvirtuado, no sólo al denunciársele por vicios formales, sino aun demostrando en juicio su inoperancia; o sea, que la verdad extrarregistral prevalece sobre la *apariencia registral*, pues la titularidad real vence a la titularidad formal. De ahí que el demandado en reivindicación puede alegar con buen éxito frente al actor que presente título registrado, como defensa de fondo, o por vía reconvencional, su posesión por tiempo suficiente para usucapión, o cualquier hecho idóneo para desvirtuar la validez del título registrado o de las operaciones que éste cobija" (Sentencia de la C.S.J. Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de 14 de mayo de 1969, en *Rep. Forense*, N.° 1.008 de 22 de julio de 1969, acoge íntegramente la Sentencia de la Corte Superior Tercera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 10 de diciembre de 1968).

c) *La cosa juzgada.* La autoridad que confiere la ley a la cosa juzgada se rige en el Código Civil venezolano dentro de las *presunciones legales* (art. 1.395, parágrafo final: "La autoridad de la cosa juzgada no procede sino respecto de lo que ha sido objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma causa; que sea entre las mismas partes, y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior"), y puede hacerse valer en juicio como *cuestion previa* (CPC., art. 246, ord. 9°), cuyo efecto es desechar la demanda y no darle entrada al juicio (CPC., art. 356).

d) Las excepciones basadas en la *cualidad del actor,* como la más importante, la *exceptio rei venditae et traditae*. La acción reivindicatoria es rechazada cuando alguien, habiendo enajenado un bien no siendo propietario, adquiere posteriormente el dominio sobre el mismo. Así, cuando el vendedor de una cosa ajena sucede ulteriormente al *verus dominus*. El principio, sin recibir sanción directa en el derecho positivo, ha sido acogido sin reservas por la doctrina.[41] La venta de la cosa ajena configura un negocio anulable. Si el enajenante no es propietario, lógicamente tampoco lo será el adquirente. Subsistirá siempre la posibilidad de que el vendedor adquiera el dominio y quede purgado el vicio originario que pudo afectar el negocio.[42]

e) Las excepciones fundadas en la *cualidad del demandado*. Se integran, entre ellas:

a') El *ius retentionis*. El poseedor de buena fe tiene un derecho de retención sobre la cosa reivindicada, por causa de las mejoras realmente hechas y existentes en los bienes objeto de la acción, siempre que las haya reclamado en el juicio de reivindicación (CC., art. 793).

b') *La posesión "nomine alieno"*. El poseedor detenta la cosa por medio de un derecho (real o personal), pero en nombre de otro. En tal caso no existe posesión *ad usucapionem*, porque la posesión

41. Butera, Antonio: *La rivendicazione...*, p. 279; Núñez Lagos, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, p. 40.

42. Pronunciada la nulidad de la venta de la cosa ajena, el negocio se considera no realizado. Si el enajenante, por cualquier causa, adquiere la propiedad de la cosa que enajenó cuando no le pertenecía, teóricamente podrá reivindicarla frente al comprador. Ello, sin embargo, es inaceptable por cuanto el enajenante no ha llegado a adquirir nunca el dominio sobre la cosa transferida (Butera, Antonio: *La rivendicazione...*, p. 280).

calificada que ejerce no puede desembocar en la usucapión (*v.*, arg. arts. 1953 y 1.961 del Código Civil).[43] Tal incidencia, sin embargo, ha sido controvertida por alguna parcialidad de la teoría tradicional. Con la expresión "cualquier poseedor o detentador", empleada en el artículo 548 del Código Civil, el legislador ha querido referirse no sólo al poseedor legítimo, sino también a los sujetos cuyas actuaciones encuadren dentro de cualquiera de los *status posesorios* ya estudiados. La *laudatio auctoris* (obligación de poner en conocimiento del propietario, colocada a cargo del usufructuario y del arrendatario, las lesiones que afecten el dominio) ha constituido un argumento aprovechable para negarles cualidad a determinados sujetos en el juicio de reivindicación. Tal parecer es rechazado por Butera:[44] el artículo 548, CC., no suministra basamentos sólidos, para distinguir entre el detentador que deriva su condición del actor o de un tercero.

90. CONDICIONES RELATIVAS A LA COSA

La reivindicación no procede sino respecto a *cosas determinadas*, específicas, corporales e inmateriales.[45] Requisito indispensable es la identificación del bien,[46] la cual requiere con precisión sus linderos y cabida, además de la ubicación, si se trata de un inmueble; o sus marcas, colores y características especiales si la reivindicación versa sobre muebles.[47] No existe falta de identificación por la sola circunstancia de no describirse los bienes con tales requisitos o formalidades, si al designarlos se lo hace de modo que puedan ser reconocidos: como cuando se establece en el libelo de la demanda la referencia a un documento público en el cual se relacionen. No procederá, por el contrario, la acción cuando, por ejemplo, los linderos del inmueble cuya reivindicación se pretenda, no coincidan con los linderos del que posee el demandado al amparo de sus propios títulos (Sentencia de Casación venezolana de 24 de abril de 1935). Cuando los linderos entre dos fundos sean imprecisos, para reivindicar uno de ellos sería necesario promover, con antelación, el deslinde.[48]

43. Para todas las excepciones, *v.*, el citado trabajo de Rafael Núñez Lagos, p. 41.
44. Butera, Antonio: *La rivendicazione*..., p. 232.
45. Sobre la noción, consúltese Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance*, pp. 57 y 58. No es exacto que se rechace la acción para reclamar la restitución de una universidad de bienes. Esta acción existe (por ejemplo, en el caso de la herencia: "la petición de herencia"), aun cuando sus derivaciones difieren de la reivindicatoria ordinaria (Bianchi, Francesco S.: *Corso*..., cit., p. 28).
46. "Es cierto que la jurisprudencia de esta Corte ha venido sosteniendo que uno de los requisitos típicos de la acción reivindicatoria es la identificación del inmueble que se trata de reivindicar; pero no aparece de esas sentencias que la identificación debe hacerse necesariamente por medios periciales" (Sentencia de la Casación venezolana, de 7 de junio de 1960, en *Gaceta Forense*, N.° 28, segunda etapa, p. 234).
47. Al respecto, *véase* Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda, de 3 de diciembre de 1959, en *JTR*, VII-2, p. 679.

En síntesis, pues, "no basta con la comprobación del derecho de propiedad para que la acción reivindicatoria sea procedente [...] sino que, además, ha menester *que la cosa reivindicada sea detentada o poseída* efectivamente *por la persona contra quien se dirija la acción*, y que exista perfecta y clara identidad entre ellas".[49]

Conforme al ordenamiento normativo venezolano, *no son reivindicables* o lo son condicionalmente, entre otros:

a) Las materias empleadas por persona distinta del dueño en construcciones erigidas en fundo ajeno (CC, art. 560)

b) La parte considerable de un fundo ribereño arrojada a un fundo inferior, o sobre la ribera opuesta (CC, art. 564 y *retro* –para las condiciones de reivindicabilidad, Capítulo X, N° 63, B): avulsión).

c) Los materiales ajenos incorporados en suelo propio en la medida que pueden separarse sin destrucción, o grave detrimento de la plantación o de la obra (CC, art. 556, y *retro* Capítulo X, N° 64: incorporación en suelo propio con materiales ajenos).

d) Las cosas muebles adquiridas de buena fe en la hipótesis normada por el artículo 794, primera parte, del Código Civil.

e) Las cosas muebles vendidas sin plazo para el pago del precio. Por falta de pago, el vendedor puede reivindicar tales bienes mientras se hallen en posesión del comprador, o impedir que este último las venda, siempre que la acción reivindicatoria se entable den-

48. Borell y Soler, Antonio María: *El dominio*..., p. 530.
49. Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 11 de marzo de 1959, en *JTR*, VII-2, p. 678.

tro de los quince días de la entrega "y que las cosas vendidas se encuentren en el mismo estado en que se hallaban en la época de la entrega" (art. 1532, primera parte, del Código Civil)

f) Los casos previstos como: el comprador que se ha hecho insolvente o cae en estado de quiebra, de modo que el vendedor se encuentre en peligro inminente de perder el precio aún no cancelado (Código Civil, art. 1.493, segunda parte); el mandatario podrá mantener en garantía las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante cumpla con las obligaciones de reembolsar los gastos que hubiere avanzado el mandatario para la ejecución del mandato y las otras cantidades a que aluden los artículos 1699, 1700 y 1701 del Código Civil (CC., art.1702), cuya regla veda, simultáneamente, la reivindicación de las cosas retenidas por el mandatario; y, por último el derecho de retención, conferido al depositario sobre el depósito hasta el pago total de cuanto se le deba en razón del depósito CC., art.1774).[50]

91. CONFLICTOS ENTRE LOS MEDIOS DE PRUEBA

En el juicio reivindicatorio pueden plantearse las siguientes situaciones:

a') *Ni el reivindicante ni el demandado ostentan título.*[51] Parecería que la demanda debiera rechazarse de plano. Sin embargo, una decisión del juez en este sentido podría encuadrar dentro de la denegación de justicia. Por ello, en aplicación del adagio *"in pari causa melior est possidentis"* (en igualdad de condiciones es mejor la del poseedor), recogido normativamente en el artículo 775 del Código Civil, se favorecerá la condición del poseedor de la cosa. La Corte Federal y de Casación venezolana ha establecido al respecto: "Es de doctrina que cuando dos o más personas pretendan la propiedad de una cosa, y entre ellas esté el poseedor, si son de igual mérito los títulos que presentan, o ninguna los produce, *la propiedad debe declararse en favor del poseedor.* La expresión "en igualdad de circunstancias", empleada por nuestro legislador, corresponde en realidad a la de *in pari causa,* que no es otra cosa que el título en virtud del cual queda establecido el derecho a poseer...".[52]

Para triunfar en el juicio al demandado (poseedor), le bastará con que el reivindicante no presente título o no justifique su dominio. La apreciación de la posesión que haga mejor la condición de alguna de las partes, es una cuestión de hecho reservada a la soberanía de los jueces de mérito, que no cae bajo la censura de Casación.

b') *Solamente el reivindicante presenta título.* La acción prosperará. La posición del demandado debe sucumbir ante la preeminencia de la situación del actor que se presenta con un mejor título.[53]

No es necesario, como en materia de usucapión decenal, que se trate de un justo título, es decir, de un título susceptible de transmitir el dominio. Basta que el título haga verosímil la pretensión del actor: tal sería el caso de una partición entre coherederos, una sentencia que haya reconocido el derecho del propietario frente a otra persona.

c') *El reivindicante y el demandado ostentan, cada uno, un título.* Cabe distinguir: de una parte, si los títulos tienen el mismo origen; de otro lado, si los títulos tienen origen distinto. En la primera hipótesis y en la esfera de los inmuebles, suele recurrirse a la regla

50. Bianchi, Francesco S.: *Corso...,* p. 64.

51. "Título para la reivindicación es tanto la causa en cuya virtud se posee o se adquiere una cosa *–título sustantivo–* como el instrumento *–título formal–* que lo acredita. No hace falta título escrito, pues la expresión título de dominio se refiere a la *justificación de la condición de dueño* y no a que se produzca un documento preestablecido". La posesión inmemorial es justo título: *Possessio antiquissima habetur pro título* (Núñez Lagos, Rafael: *Acción y excepción,* p. 33).

52. Sentencia de 29 de julio de 1949, en *Gaceta Forense,* N.° 2, segunda etapa, p. 402. "La afirmación de propiedad hecha por los demandados en relación con el fundo que poseen afrenta a la pretensión de los demandantes de ser ellos los propietarios de ese mismo fundo que pretenden reivindicar, no exonera en modo alguno a los actores de hacer la prueba de su pretendido derecho de propiedad, pues en un juicio de reivindicación si el actor no prueba ser dueño de la cosa que reivindica, la acción no puede prosperar, ni aun en el caso de que el demandado nada pudiese probar, pues aunque este último no tuviera éxito en comprobar ser dueño, ello no probaría que lo es el actor, que es lo único que interesa a los efectos de la reivindicación propuesta... En cuanto a la prescripción que se dice fue alegada por los demandados, es obvio también que, al no haber comprobado el actor derecho alguno sobre el fundo reivindicado, tenía que resultar superfluo entrar a examinar ese punto" (Sentencia C.S.J. Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 25 de marzo de 1969 en *Jurisprudencia,* Ramírez y Garay 1969, primer semestre, N.° 118-69, p. 358).

53. Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes),* pp. 143 y 144.

de la *anterioridad de la adquisición*. Sometidos los títulos a la transcripción en el Registro, el elemento decisivo lo constituye la prioridad de la transcripción. A falta de ella, el acto anterior prevalecerá sobre el otro. Pero si los títulos de transmisión son dos testamentos, prevalecerá el más reciente en fecha, el cual sustituirá al precedente, cuando haya habido revocación expresa o cuando las disposiciones del más reciente no sean compatibles con el primero.

Es evidente que la respuesta todavía deja en pie la problemática susceptible de ser planteada por la validez o ineficacia de las disposiciones testamentarias.

En la segunda hipótesis, si los títulos producidos por las partes tienen origen distinto, "debe acordar el juez la propiedad al litigante que aparezca con mayor derecho, para lo cual es necesario hacer un estudio comparativo de ellos, y en ciertos casos se puede decidir el litigio por presunciones de hecho emanadas de los mismos documentos y de las circunstancias de la causa...;[54] pero la Corte ha establecido, igualmente, la doctrina de que los documentos deben ser apreciados por los jueces sentenciadores y que sólo su falta de apreciación produce la casación del fallo".[55] El actor deberá probar, en todo caso, la superioridad de su título. La prueba del dominio es difícil, puesto que reclama la demostración, no sólo de la legitimidad del título, sino también del derecho del causante que transfirió el dominio, ya que el adversario puede destruir la prueba del actor sobre la base de que nadie puede transmitir lo que no tiene. Ahora bien, la solución a esta dificultad *(probatio diabolica)* la hemos estudiado anteriormente. Si, aún, las partes no lograran demostrar el derecho de propiedad de los causantes, la controversia se resolverá a favor del demandado (poseedor de la cosa).[56]

54. Los Mazeaud (*Lecciones...*, II-4, p. 358) critican la orientación observada en algunos expositores, y en la jurisprudencia francesa, conforme a la cual las presunciones resultantes de los dos títulos se anulan, por lo que se resuelve el conflicto con base en la posesión y a otros indicios.
55. Sentencia de la Corte Federal y de Casación, de 6 de mayo de 1925.
56. "Los actores invocaron en apoyo de la acción reivindicatoria un documento que, por no estar registrado, no tiene ningún efecto contra terceros, y habiendo presentado ambas partes *documentos auténticos* probatorios de propiedad de los inmuebles reivindicados, suponiéndolos con igual fuerza probatoria, debía favorecerse la condición del demandado; además, en igualdad de condiciones, es mejor la del que posee, y al ser demandado M. en acción reivindicatoria, se le está reconociendo su condición de poseedor" (Sentencia de la Casación venezolana, de 25 de enero de 1954, en *Gaceta Forense*, N.° 3, segunda etapa, pp. 291 y 292).

92. EFECTOS DE LA REIVINDICACIÓN

La finalidad de la acción reivindicatoria es la restitución de la cosa al propietario, con todos sus accesorios. "El efecto primordial de una sentencia que da lugar a la reivindicación solicitada, es mandar que el propietario de la cosa reivindicada sea puesto en posesión de la misma, condenando al demandado a entregársela; pero, además, ha de disponer lo que se haya pedido y sea justo respecto de otras cuestiones accesorias".[57]

Entre las diversas cuestiones conectadas a la declaratoria *con lugar* de la demanda pueden citarse:

a') *La restitución de los frutos de la cosa* al propietario, con arreglo a lo establecido en el artículo 790, CC., para lo cual resulta fundamental la calificación de la posesión (de buena o de mala fe) del demandado. Destaca la importancia que tiene para el actor, la prueba de la mala fe en la posesión del demandado, por lo que atañe a la proporción en que éste ha de restituir los frutos.

b') El propietario queda obligado al pago de las mejoras hechas por el poseedor en la cosa y, existentes al tiempo de la evicción, en la proporción prescrita en el artículo 792, CC. Sin embargo, sólo el poseedor de buena fe tiene el *derecho de retención* sobre la cosa, hasta que el reivindicante le satisfaga el pago por las mejoras realmente hechas y existentes, siempre que las haya reclamado en el juicio reivindicatorio (art. 793, CC.).

El poseedor (aun de buena fe) no tiene derecho al reembolso por inversiones hechas en obras suntuarias o de mero ornato (gastos voluptuarios). Se acepta, no obstante, que conserva la facultad de separar tales obras, siempre que la cosa reivindicada no sufra deterioro.[58] Diverso es el tratamiento jurídico aplicable a las plantaciones, siembras y edificaciones realizadas por el poseedor en fundo ajeno, cuyo régimen se adscribe a la accesión inmobiliaria en sentido vertical, normada por dispositivos ya considerados *(retro)*. En doctrina se discute aún si el reivindicante puede exonerarse del deber de indemnizar al poseedor, por las mejoras (necesarias y útiles), abandonando a su fa-

57. Borrell y Soler, Antonio María: *El dominio...*, p. 533.
58. Vitucci, Elio: Voz "Proprietà (diritto civile)", en *Nuovo Digesto italiano*, X, p. 693.

vor la propiedad de la cosa reivindicada. El planteamiento recibe una respuesta mayoritariamente negativa, al situarse el deber a cargo del reivindicante en el cuadro de las obligaciones personales, no inherentes a la cosa.[59]

c') La reivindicación, promovida regularmente (conforme al art. 1.969, ap. 2, CC.), interrumpe la prescripción que hubiere corrido a favor del poseedor.

93. LA REIVINDICACIÓN DE BIENES MUEBLES EN EL SISTEMA NORMATIVO VENEZOLANO

El aforismo "en materia de muebles la posesión equivale al título", recogido normativamente en el CC. francés (art. 2.279, pár. 1: "En materia de muebles, la posesión vale título"), cuya influencia en otros Códigos es evidente (CC. argentino, art. 2.412: "La posesión de buena fe de una cosa mueble crea, a favor del poseedor, la presunción de tener la propiedad sobre ella, y el poder de repeler cualquier acción reivindicatoria, si la cosa no hubiese sido robada o perdida"; CC. español, art. 464, pár. 1°: "La posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título..."), puede dar margen a profundos equívocos. De modo general, la consagración de un precepto semejante, aparentemente genera un principio de irreivindicabilidad absoluta de los bienes muebles adquiridos de buena fe, aunque, por otra parte, podría dar la idea de que, en esta materia, nos situamos ante una hipótesis de usucapión instantánea del derecho de propiedad, por los solos efectos de la posesión adquirida de buena fe.

Sin embargo, la norma correspondiente del CC., venezolano revela que la interpretación ha de ser otra. El artículo 794, párrafo 1°, establece: "Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, en favor de los *terceros de buena fe*, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a la universalidad de muebles".

Las secciones siguientes de destinan, tanto, al análisis del dispositivo citado, en su integridad, como a la norma inserta en el artículo 795 del CC. venezolano.

59. Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà*, pp. 851 y 852.

1) *Las interpretaciones fundamentales del principio*

Las dos posturas básicas asumibles frente al dispositivo técnico, dirigido a disciplinar los efectos de la posesión de buena fe de los bienes muebles, son:

A) Por una parte, *la interpretación romanista*. Conforme a esta tesis, el artículo 794, pár. 1.°, CC. venezolano (art. 464, CC., español; art. 2.279, CC. francés) establece únicamente un justo título a los fines de la usucapión, que se consuma a los dos años cuando el poseedor sea de buena fe (CC. venezolano, art. 1986);

B) Por otra parte, *la interpretación germanista*. Conforme a esta posición, la regla del artículo 794, CC. venezolano, establece a favor del adquirente de ***buena fe*** de bienes ***muebles corporales*** o de ***títulos al portador,*** no un simple justo título para usucapir, sino una verdadera adquisición ***a non domino*** en ciertos casos y circunstancias.[60]

60. *Cfr.* Melón Infante, Carlos: *La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe*, equivale al título *(Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones "a non domino" de bienes muebles)*. Ampliamente, para todas las hipótesis sugeridas por los artículos 794 y 795 del Código Civil venezolano, v., Kummerow, Gert: *La adquisición "a non domino" de bienes muebles*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, vol. XXXIII, Caracas, 1965. Lapso: Según el aparte 2 del artículo 2.279 C.C. francés, quien ha perdido un mueble o aquél a quien el mueble le haya sido sustraído, puede reivindicarlo durante tres años. Este texto no se refiere, evidentemente, al autor de la privación o del hallazgo: éste es de mala fe y no puede convertirse en propietario sino por una posesión de treinta años. Pero permite, por excepción al principio recogido en el aparte 1° del artículo 2.279 C.C., al propietario de un objeto perdido o sustraído, reivindicarlo del adquirente o del subadquirente de buena fe. La reivindicación puede ejercerse durante 3 años a contar de la pérdida o de la sustracción. La Corte de Casación francesa, confirmando la jurisprudencia de los jueces del fondo (Montpellier, 19 de enero de 1949, JCP 1949, II. 4.806; Lyon, 15 de mayo de 1954, Gaz. Pal. 1954. I 309. Comp. Trib. Seine 23 de enero de 1950, Gaz. Pal. 1950. I. 143) afirma que ese lapso es un lapso prefijado, que no puede ser ni suspendido, ni interrumpido (Cass. Crim. 30 de octubre de 1969), Gaz. Pal. 24 de diciembre de 1969). Es la opinión de la generalidad de la doctrina. El aparte 2 del artículo 2.279 no establece una prescripción adquisitiva abreviada de 3 años: el poseedor de buena fe, en efecto, no llega a ser propietario por 3 años de posesión, ya que el lapso de 3 años corre, no desde la toma de posesión sino desde la pérdida o del robo. No consagra tampoco una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria puesto que el plazo no podría correr en tanto el propietario no esté en posibilidad de descubrir la cosa perdida o sustraída, y por tanto impedido de ejercer la acción. Además la ley precisa que el lapso corre "a contar de la pérdida o de la sustracción". Es, por consiguiente, no un lapso

El artículo 794 entraña, pues, una adquisición *a non domino*, o un principio general de *irreivindicabilidad* de los bienes muebles señalados, en los casos en que no entra en juego el párrafo 2.° del mismo artículo, y el artículo 795, CC.

El artículo 794, acoge la distinción entre los supuestos en que el dueño ha perdido voluntariamente la posesión de la cosa y, aquellos en los cuales la ha perdido *contra su voluntad o sin ella*. En la primera hipótesis, la cosa es irrevindicable. En la segunda (pérdida, privación ilegal), podrá *reivindicarse* de quien la posea, independientemente de que éste la hubiere adquirido de buena o de mala fe.

2) *Supuestos de aplicación de los artículos 794 y 795*

Las consecuencias jurídicas normadas en los artículos 794 y 795 del Código Civil venezolano (CC. italiano de 1865, arts. 707 a 709) sólo operan eficazmente con relación a los terceros poseedores de *buena fe*, y dependen, correlativamente, de la diferenciación entre dos categorías de bienes:

a) *Las cosas cuya posesión ha delegado el dueño voluntariamente* al entregarlas a otro sujeto, en virtud de una relación de *mediación posesoria* (cosas confiadas como prenda, depósito, arrendamiento, comodato).

b) *Las cosas cuya posesión ha perdido el dueño contra su voluntad o sin ella*, por haberlas extraviado o por haber sido víctima de una *privación ilegal (cosas perdidas y cosas sustraídas)*.

A) *Cosas confiadas*

Si la cosa se encuentra en poder del *mediador posesorio*, el propietario puede recuperarla, ejercitando las acciones relativas a la relación jurídica fundante (acción personal), o la *acción reivindicatoria* conectada a su derecho de propiedad (*véase, supra*, sobre las condiciones para el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando está vigente un "derecho a poseer", N.° 89).

Si la cosa se encuentra *en poder de un tercero* a quien la ha enajenado el mediador posesorio, se hace irreivindicable si el tercero es de

de prescripción, sino un lapso prefijado que, como observa Solus (RTDC-1950, p. 203) se asemeja más a un lapso procesal que a un plazo de derecho civil. Esta interpretación limita últimamente el dominio de la excepción apartada al principio general y establece el artículo 2.279. (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, I, 1970, p. 196, N.° 2).

buena fe (creía que el enajenante era propietario y podía enajenar), independientemente de que el mediador posesorio haya actuado de buena fe. Nos hallamos, así, frente a una hipótesis indubitable de adquisición *a non domino*. Restarían únicamente al dueño las acciones personales, provenientes de la relación jurídica y, basadas en el incumplido deber de custodia que recaía sobre el mediador. Si el *tercero* era de *mala fe*, la cosa es *reivindicable*, pero éste puede adquirirla por usucapión de *veinte años* (CC., art. 1.977).

B) *Cosas sustraídas*

Si la cosa se encuentra *en poder del autor de la privación ilegal* (ladrón, por ejemplo), el dueño puede reivindicarla. El autor de la privación podrá adquirirla por usucapión de *veinte años* (art. 1.977, CC.), siempre que su posesión sea legítima.

Si la cosa se encuentra en poder de un *tercero* a quien la enajena el autor de la privación ilegal, cabe practicar la siguiente distinción:

a) *Si el tercero es de buena fe*, el bien mueble es reivindicable, pero el tercero (adquirió la cosa en la creencia de que el enajenante era su propietario y podía enajenar) puede usucapir por dos años según el artículo 1.986, CC. Tal reivindicación, mientras no se consuma, puede revestir dos aspectos:

a') *Reivindicación pura y simple*, lo que constituye la regla genérica.

b') *Reivindicación condicionada* al reembolso del precio pagado por el poseedor (regla del art. 795, CC.).

b) *Si el tercero es de mala fe* (sabía que adquiría del autor de la privación ilegal y, por tanto, que no le pertenecía), la cosa es *reivindicable por el dueño*. El tercero sólo puede usucapirla por el transcurso de *veinte años* de posesión legítima (CC., art. 1.977).

C) *Cosas perdidas*

a) *Si la cosa se encuentra en poder del hallador*, el dueño puede reivindicarla. El hallador puede usucapirla conforme al artículo 1.977, CC. (usucapión veintenal), si al transcurso del tiempo se une la posesión legítima del bien.

b) *Si la cosa se encuentra en poder de un tercero* a quien la enajena el hallador, serán descriptibles las siguientes subhipótesis:

a') *Si el tercero es de mala fe.* El bien es *reivindicable.* El tercero (que sabía se trataba de una cosa extraviada por su dueño) puede adquirirla por el transcurso de *veinte años* (usucapión veintenal).

b') *Si el tercero es de buena fe* (creía adquirir del verdadero propietario o, en otros términos, ignoraba la especial condición del bien), el propietario puede reivindicarla. Sin embargo, el tercero de buena fe puede adquirir el derecho de propiedad por usucapión abreviada *(de dos años).* En tanto no transcurra el término para la consumación de la usucapión, la reivindicación asumirá alguna de estas dos fórmulas, según la situación concretamente planteada:

Reivindicación pura y simple (art. 794, segunda parte).

Reivindicación condicionada al reembolso del precio, si el tercero hubiere adquirido la cosa en una feria, en un mercado, en una venta pública, o de un comerciante que venda públicamente objetos semejantes (art. 795).

En todas las hipótesis, la aplicación de la segunda parte del artículo 794 y del artículo 795 del Código Civil, sobre el régimen de las cosas perdidas, presupone el hecho de que el hallador no actúe conforme a la disciplina establecida por las normas sobre ocupación (arts. 801 y siguientes, y *retro,* Capítulo XI, N.° 68, C). De lo contrario, habiendo adquirido la cosa mueble definitivamente, sus causahabientes, de buena o de mala fe, estarán protegidos por el principio de irreivindicabilidad.

La reivindicabilidad de títulos al portador extraviados o sustraídos, por aplicación del artículo 130 del Código de Comercio, sustrae parcialmente tales documentos de las consecuencias jurídicas descritas precedentemente. De conformidad con la citada norma, la reivindicación de los títulos al portador perdido o sustraídos, sólo procede contra el hallador o autor de la privación ilegal y contra los *terceros de mala fe.* Expresado en otra forma, la reivindicación carece de eficacia contra los terceros (de buena fe), que hubieren adquirido los instrumentos de crédito de la especie señalada, de manos del hallador o del autor de la privación ilegal, creyéndolos propietarios y facultados para transmitir el dominio.

94. LA ACCIÓN DE DESLINDE

A) *Concepto*

"El deslinde es una operación que consiste en fijar la línea separativa de dos terrenos no construidos y enmarcarla con *signos materiales*".[61]

Cuando los inmuebles se hallan separados por accidentes naturales del terreno (ríos, barrancos, etc.), no suelen originarse problemas de alinderamiento, a menos que tales límites naturales hubieren sido alterados por movimientos telúricos, por ejemplo.

B) *Legitimación activa y pasiva*

La acción de deslinde, se promoverá contra el o los propietarios de los fundos colindantes con el inmueble cuyos linderos se deseen fijar.

En el juicio de deslinde, cada parte desempeña a la vez el papel del actor y de demandado, en cuanto a la demostración del derecho de propiedad de los fundos respectivos.[62]

C) *Procedimiento de deslinde*

En la legislación formal venezolana, el procedimiento de deslinde se lleva a efecto a través de un *juicio especial* (CPC, arts. 720 y ss.). El articulado respectivo corresponde, al deslinde judicial, no al amigable (no contencioso), acordado por los dueños de predios colindantes.

El deslinde deberá promoverse ante el Tribunal de Distrito o Departamento, en cuya jurisdicción se encuentren ubicados los terrenos cuyo deslinde se solicita (competencia funcional, *v.,* CPC, art. 721). El solicitante acompañará sus títulos de propiedad o los medios probatorios tendentes a suplirlos, pero podrá también anexar otros documentos que "puedan servir para el esclarecimiento de los hechos". El Juez ordenará el emplazamiento de las partes, señalando el día y hora para efectuar la operación de deslinde. El Tribunal, ya constituido, escuchará la exposición de las partes a quienes se hubiere pedido el deslinde y, valiéndose de la asesoría de prácticos si fuere necesario, procederá a fijar en el terreno, los puntos que determinen el lindero.

61. Planiol, Marcel: *Tratado elemental de Derecho Civil (Los bienes),* p. 118, N.° 2.370.
62. *Cfr.* Cabrera Hernández, Jesús María: "Reivindicación y deslinde", en *Anuario de Derecho Civil,* 1962, pp. 743 y ss.

La función del Juez de Distrito o Departamento es limitada. En efecto:

a) Si no existe oposición al lindero provisional, éste quedará firme (V., art. 724 CPC).

b) Si las partes expresaren disconformidad con el lindero provisional, el Juez de Distrito o Departamento pasará los autos al Juez de Primera Instancia en lo Civil, prosiguiendo la causa por los trámites del juicio ordinario (CPC, art. 725).

BIBLIOGRAFÍA

Acuña, Eduardo: Las acciones reales en el Código Civil argentino (tesis de doctorado). Santa Fe, 1952,

Andrade Delgado, Octavio: "Comentarios de una sentencia venezolana sobre reivindicación". En *Revista de la Facultad de Derecho*, N.° 8, Universidad Central de Venezuela, 1956.

Argiroffi, Carlo: *Le azioni a difesa della propietà.* Giappicheli ed., Turín, 1999.

Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà.* Dott. A. Giuffre, ed., Milàn, 1951.

Barbero, Doménico: *Sistema de Diritto Privato italiano.* Tomo I. 6.ª edición. UTET, Turín, 1962.

Bianchi, Francesco S.: *Corso di Codice Civile italiano.* Vol. IX, parte II. UTET, Turín, 1898,

Borrel y Soler, Antonio María: *El dominio según el Código Civil español.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948.

Brugi, Biagio: *Della proprietà.* Vol. II. 2.ª edición. UTET, Turìn, 1923.

Butera, Antonio: *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale.* Società Editrice Libraria, Milàn, 1911.

Kummerow, Gert: *La adquisición "a non domino" de bienes muebles.* Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, vol. XXXIII, Caracas, 1965.

Melón Infante, Carlos: *La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título.* Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* Tomo III. Traducción, Santiago Sentís, Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Núñez Lagos, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles.* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil,* tomo III, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953.

Vitucci, Elio: Voz "Proprietà (Diritto Civile)". En *Nuovo Digesto italiano,* tomo X.

Capítulo XIV
La comunidad. Nociones preliminares

95. INTRODUCCIÓN

El propósito básico de las secciones siguientes, se concreta a la adaptación sistemática de los conceptos elaborados en los capítulos anteriores al régimen de la comunidad, esto es, al conjunto de situaciones generadas por la atribución a una multiplicidad de sujetos, de las resultantes conectadas al *status* posesorio y a los derechos reales.

La especial configuración de la comunidad impone, no obstante, la clarificación de ciertas nociones, estrechamente ligadas a la naturaleza de la singular situación creada por la confluencia de la pluralidad de intereses, que motivan el comportamiento de los sujetos comprendidos en ese vínculo. Con este fin adoptamos el plan ya constante en los manuales de frecuente consulta. Analizamos, en una primera parte, el concepto de la comunidad de derechos reales, por oposición a cualquier otro instituto en que se halle comprometida una pluralidad de intereses subjetivos distintos. Esa delimitación del concepto, permite

trazar la línea divisoria entre la institución y las figuras jurídicas de la comunidad *pro diviso* y la *communio pro indiviso*, y los linderos correspondientes a la "propiedad en mano común" o comunidad de tipo germánico. Los apartados posteriores, enlazados todos ellos a la comunidad de origen romanístico, aluden a los elementos, clases, fuentes, nacimiento y disolución de la comunidad. En una sección final se estudiará el mecanismo de la comunidad de bienes en el concubinato.

96. DELIMITACIÓN Y CONCEPTO DE LA COMUNIDAD

La situación comunitaria regulada en los artículos 759 y siguientes del Código Civil venezolano, corresponde a la comunidad en los derechos reales. Esa disciplina, por consiguiente, no es aplicable –a no ser por remisión expresa o tácita– al régimen de las obligaciones puramente personales, en las que figuren como pretensores dos o más sujetos.

La comunidad, como expresión de cotitularidad en la relación jurídica, puede ofrecer, tentativamente, tres significados diversos:

A) *Cotitularidad de una relación jurídica cualquiera.* Expresa esta fórmula "un fenómeno perceptible en todo el ámbito de las relaciones patrimoniales y, también en el de ciertas relaciones personales".[1] Sobre esta construcción resulta claro el concepto elaborado por Roberto De Ruggiero: La comunidad es la atribución a varios sujetos de uno o varios derechos. "Es toda relación o conjunto de relaciones en que aparecen como sujetos varias personas *conjuntamente*".[2] Existe comunidad, en este rango de consideraciones, cuando un derecho o conjunto de derechos se refieren a una pluralidad de sujetos a quienes corresponden en común.

B) *Titularidad solidaria* (de la relación). Ejemplo: créditos y débitos solidarios. Cada uno de los deudores asume el deber de cumplir íntegramente el contenido de la prestación, o cada acreedor está facultado para demandar la ejecución de la totalidad de la prestación (solidaridad pasiva - solidaridad activa) (Código Civil, art. 1.221).

C) *Comunidad en sentido técnico* (CC. italiano de 1942, arts. 1.100 y ss..; CC. venezolano, arts. 759 y ss.). Indica la "distribución indivisa entre varios sujetos (cotitularidad) del contenido de la relación real" (copropiedad, cousufructo, etc.). Mas esta "distribución" no es identificable con la *división*, en la acepción común del vocablo. La división es antitética de la vigencia de la situación comunitaria, como tendremos oportunidad de constatar. La distribución de fracciones intelectuales (cuotas), por el contrario, es la constante de la comunidad pro indiviso.[3]

Los criterios precedentemente esbozados permiten descubrir la escisión entre *comunidad y copropiedad*. Aunque entre estos términos existe un denominador común (manifestación de un fenómeno de cotitularidad sobre derechos subjetivos-reales), difieren en cuanto al alcance de su ámbito material de validez. La comunidad constituiría el género dentro del cual la copropiedad es sólo la *especie*.[4]

El concepto de *comunidad* abraza, por tanto, cualquiera de los tipos específicos de la gama de los derechos reales.

La *copropiedad* designa la comunidad en un derecho real (calificado): la propiedad atribuida a varios sujetos sobre cosas específicas y determinadas. Como lo señala De Buen, la copropiedad o *condominio* involucra la existencia de diversos dueños de una misma cosa, y la *comunidad*, la existencia de varios cotitulares que pueden ser dueños o tener otro derecho distinto de la propiedad.

97. LA *COMMUNIO PRO DIVISO* Y LA *COMMUNIO PRO INDIVISO*

Del estudio estructural de la comunidad regulada en el Código Civil venezolano (*infra*, N.° 99), puede constatarse la diferencia básica anotada en la doctrina, entre la *communio pro diviso* y la figura jurídica denominada *communio pro indiviso*.

La *communio pro diviso* representa únicamente un haz de propiedades distintas, sobre partes *concretas y autónomas* del objeto, vinculadas precisamente en razón de este último. La figura jurídica considerada, se plasma a través de la conexión de una diversidad de bienes,

1. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 893.
2. De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*, I, Reus, Madrid, p. 578.

3. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 893.
4. *V.*, Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español...*, II, p. 343.

adscritos exclusivamente a los patrimonios de un conjunto más o menos numeroso de sujetos, y relacionados –como queda dicho– en virtud de los nexos generados por la contigüidad de las partes de un todo, lo cual impone un régimen necesariamente armónico entre los propietarios singulares.

La *communio pro indiviso,* en contraste, constituye la comunidad en sentido técnico. Representa el reparto del contenido de un derecho único, en cuotas iniciales adjudicables a dos o más sujetos *(cotitulares).*

98. LA "PROPIEDAD EN MANO COMÚN" (COMUNIDAD DE TIPO GERMÁNICO)

Sin que se excluya la regulación de la copropiedad por partes indivisas (comunidad de raíz romanista), el BGB, organiza la denominada "propiedad en mano común". Este instituto ofrece las características de una *comunidad colectiva,* sin asignación de cuotas o fracciones aritméticas a los partícipes.

Cada uno de los partícipes concurre al todo (unidad económica) vinculante, con los siguientes resultados:

a) Ninguno de los partícipes puede disponer libremente de su parte;

b) Ninguno de los partícipes puede demandar libremente la división;

c) La administración ordinaria es *común,* siendo desconocido el régimen de mayorías que preside la gestión económica normal de la comunidad *pro indiviso.*

En la práctica –señala Hedemann–, este rigor se simplifica y sufre derogaciones parciales. Así ocurre en los supuestos normados en los parágrafos 2.033 y 2.034 del BGB., que facultan a los coherederos para disponer de la parte que les haya sido designada. Pero la idea de vinculación recíproca, persiste en el derecho que los demás tienen de adquirir *preferentemente* esa parte, para evitar la penetración de extraños.[5]

Los cuatro casos relevantes de la propiedad en mano común son:

a) La relación de sociedad (BGB., parágrafos 705 y ss., en especial, el parágrafo 718);

b) Las asociaciones sin capacidad jurídica;

c) La relación entre coherederos (BGB., parágrafos 2.032 y siguientes);

d) La relación económico-matrimonial, si los cónyuges se adaptan a la comunidad universal de bienes.

99. ELEMENTOS INTEGRADORES DEL CONCEPTO DE COMUNIDAD

La doctrina ha agrupado los elementos básicos para la construcción del concepto de comunidad en la forma siguiente:

A) *Pluralidad de sujetos.* Por su misma esencia, la comunidad presupone la distribución de la relación real entre dos o más sujetos.

B) *Unidad en el objeto (indivisión material).* El derecho de cada comunero incide hasta sobre los últimos segmentos en que pueda concebirse fraccionada la cosa y allí, también, ese derecho coexiste con el que le ha sido atribuido a los demás comuneros.[6]

C) *Atribución de cuotas (división intelectual).* Las cuotas representan la *proporción* en que los comuneros (copartícipes) concurren al goce de los beneficios que la cosa es susceptible de dar, y la medida en que han de soportar las cargas impuestas por la vigencia de la comunidad misma, y todavía más, la fracción material de la cosa (o la suma de dinero en su defecto) que habrá de adjudicársele una vez ocurrida la división.

"Cada uno de los varios cotitulares, o comuneros, no es titular de una parte concreta del derecho, sino *titular del derecho en su integridad* [...] La pluralidad de los sujetos que tienen simultáneamente el mismo derecho sobre una idéntica cosa individida no se resuelve, en suma, en la reunión ideal de cada sujeto con una fracción concreta de aquella cosa, sino en la reunión ideal de cada sujeto con la cosa como es. Sin embargo, ya que la pluralidad de los sujetos del derecho único excluye la titularidad exclusiva de cada uno, se recurre al expediente de reconocer el objeto de la titularidad, no en el derecho, sino en la cuota (fracción aritmética o fracción ideal) del derecho mismo".[7]

5. Hedemann, Justus W.: *Derechos reales,* II, p. 265 y 266, N.° 2.497.
6. Planiol, Marcel: *Tratado...,* p. 161.
7. Candián, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado,* p. 364.

A través de este recurso, y a partir del derecho romano, se ha logrado eliminar la aparente colisión conceptual entre la *unidad en el derecho* sobre la cosa y, la *pluralidad de titulares* de este mismo derecho. Por esta vía, a cada comunero se le atribuye, no una fracción determinada y concreta del bien común, sino una *fracción aritmética* que se incorpora a su patrimonio como *entidad autónoma* mientras la indivisión subsiste, y que llega a concretarse en una porción material de ese bien (o del valor, en su caso) al verificarse la división.

Mas la existencia de una verdadera comunidad *(pro indiviso)*, exige que los derechos de la diversidad de partícipes sean homogéneos, esto es, colocados en una misma categoría respecto de la especie determinada del derecho real sobre el cual versa la comunidad. Sólo así puede explicarse la participación por partes alicuotas. No serán, en consecuencia, comuneros el *propietario* de un fundo y el *usufructuario* del mismo inmueble, o el que tenga sobre él una servidumbre que le autoriza a extraer ciertos productos. La relación jurídica vinculante de los sujetos que tienen derechos *heterogéneos* (diferentes) no constituye una comunidad en sentido técnico, entre otras razones, por carecer ellos de la comunidad de intereses. Los titulares de derechos heterogéneos actuarán independientemente unos de otros; conducta que se opone a la solidaridad del comportamiento implícito a la situación comunitaria.

100. BREVE EXPOSICIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA COMUNIDAD

A) *Teoría de las partes intelectuales de la cosa común*

Según la dirección tradicional, la cosa que forma el objeto de la comunidad no está dividida en partes materiales. Es, sin embargo, admisible una *división ideal, intelectual, del objeto.* Son éstas las cuotas o partes indivisas. Cada partícipe tiene un derecho de propiedad que versa, no sobre la integridad del bien, sino *sobre la parte intelectual* que adhiere a su patrimonio.

Esta tesis, afiliada profundamente a raíces romanísticas, ha ejercicio marcada influencia en los Códigos trazados sobre el modelo del CC. francés de 1804. De este modo, según el artículo 765 del CC. venezolano (similar al art. 679 del CC., italiano de 1865), "cada comunero tiene la plena propiedad de su cuota".

Las actuales corrientes doctrinarias observan, frente a las incidencias de la teoría expuesta:

a) La cuota intelectual, como objeto del derecho –de propiedad– de cada comunero singular, no es más que una *abstracción, una categoría lógica,* irrealidad a la que no se adapta exactamente un concepto técnico del derecho de propiedad.

b) La fracción intelectual *(cuota, pars rei)* no puede constituir el objeto del *derecho de propiedad* por la indeterminación de su contenido, en virtud de que la misma no es sino una medida, un término de relación con el todo.[8]

En síntesis, devendría inaceptable el concepto de "propiedad sobre la cuota", si se tiene en cuenta que ésta no es más que *índice numérico* de una relación (patrimonial) con el todo, es decir, una medida.

B) *Teoría de la propiedad plúrima total*

Formulada por Scialoja (y definida por Riccobono, Ferrini, Biondi, Barassi, Candián, Cicu, etc.), en la comunidad (calificada o no) se percibe, no el concurso de una multiplicidad de derechos impermeables, cuyo centro de gravedad es el objeto común, sino un derecho conectado a una pluralidad de personas. El derecho real no se halla fraccionado, por tanto, en partes materiales o ideales. Es un derecho pleno, en extensión, *cualitativamente idéntico al del titular singular.* Pero al estar limitado cada uno de los intervinientes por la coexistencia de los derechos de los demás (derechos en todo caso de igual rango), resulta diverso cuantitativamente, es decir, en cuanto a la intensidad que supone el ejercicio excluyente del derecho real.[9] En forma precisa, el concepto es recogido por el artículo 1.403, ap. 2 del Código Civil portugués de 1966, en vigencia a partir del 1° de junio de 1967.

Según esta teoría, la cuota es la proporción o medida en que los partícipes concurren en las utilidades, ventajas y cargas de la cosa común, y el índice que autoriza a fijar la fracción que a cada uno corresponderá al practicarse la división. La desigual distribución de los beneficios y de los deberes entre los copartícipes, mientras subsista la comunidad, no comporta por sí sola una desigualdad en lo que se refiere a la fracción que del bien (o de su valor) corresponda al comunero cuando la división se produzca.[10]

8. Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà,* p. 110.
9. Beltrán de Heredia, J.: *La comunidad de bienes...,* pp. 148 y ss.
10. Branca, Giuseppe: *Comunione,* pp. 38 y 39

101. CLASES DE COMUNIDAD

A) La comunidad puede ser *originaria* o *derivativa.* La primera supone el nacimiento del derecho, para una pluralidad de sujetos, con prescidencia de un nexo generador de la situación comunitaria (así en la hipótesis de adquisición de la copropiedad mediante la posesión útil cumplida por varios sujetos, durante el término requerido para la consumación de la usucapión, por ejemplo). La comunidad *derivativa* tiene su origen en un acto *inter vivos* (donación, venta) o *mortis causa* (herencia, legado).

B) La comunidad puede ser *ordinaria,* si se conserva el derecho especial de pedir la división de la cosa; o *forzosa,* en caso de que la naturaleza de la cosa –o eventualmente, un pacto de indivisión– se oponga a la partición.

C) La comunidad es incidental si toma su origen en hechos o actos extraños a la voluntad (querer) de los partícipes (comunidad hereditaria, por ejemplo); o *convencional,* cuando surge por acuerdos voluntarios de los intervinientes en la situación comunitaria. Esta última especie se regula por los pactos que ellos adopten, de conformidad con las normas generales que presiden las relaciones negociales.

102. FUENTES DE LA COMUNIDAD

El artículo 759 del Código Civil venezolano estatuye un *orden de prelación* entre las diversas fuentes de la comunidad:

a) *El pacto entre los copartícipes,* regulador del conjunto de derechos y deberes a favor o a cargo de los comuneros.

b) Las *disposiciones especiales* aplicables al calificativo tipo, de comunidad de que se trate. Entre otras, existen –en la esfera del derecho civil– las siguientes disposiciones especiales: los preceptos sobre la comunidad de bienes gananciales durante el matrimonio, los dispositivos rectores de algunas hipótesis concretas en materia de sociedades, las normas relativas a la comunidad originada en la accesión mobiliaria (en particular por las figuras de la especificación y la conmixtión).

c) Las *disposiciones generales del Código Civil* sobre la comunidad contenidas en el Título IV del Libro II (arts. 759 y ss.). Estas normas se convierten, de este modo, en *derecho dispositivo,* preceptos normativamente regulados que operan sólo, cuando los partícipes no hayan voluntariamente sometido la comunidad a una disciplina diversa.[11]

Resultaría, no obstante, erróneo suponer que la regulación de una especial forma de comunidad y la regulación genérica establecida en el citado Título IV, actúan en los supuestos de *ausencia absoluta* de un pacto entre comuneros. Con gran frecuencia ocurre que la norma creada por las partes (pacto entre comuneros), no prevé todos los casos generados por la interacción de los copartícipes. Esta hipótesis permite resolver las cuestiones no previstas, o insuficientemente reguladas por la convención, con base en otras normas situadas, ya, en el plano legislativo, lo que de ningún modo involucra la alteración de las restantes cláusulas contractuales.[12]

103. NACIMIENTO DE LA COMUNIDAD

De los principios hasta ahora estudiados podemos inferir las causas que dan origen a una situación comunitaria.

La comunidad nace:[13]

a) *De un derecho o de una situación accidental y temporal (communio incidens).* Ejemplo: La sucesión hereditaria.

b) *De un hecho voluntario.* Ejemplo: adquisición de un bien hecha conjuntamente por varios sujetos; igualmente, si un titular hace partícipes a otras personas de su propio derecho.

c) *De la voluntad de la ley* (comunidad legal). Ejemplo: comunidad de bienes entre concubinos.

11. Vitucci, Elio: Voz "Comunione", en *Nuovo Digesto italiano,* III, p. 549.
12. Kummerow, Gert: *Dos estudios sobre el derecho venezolano,* p. 2, Caracas, 1962.
13. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...,* II, p. 30.

104. DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD

Este apartado se destina a la esquematización de los varios modos de extinción de la relación comunitaria. Por razones de orden metodológico, y dado su especial interés, reservamos para los párrafos finales la explicación referente a la división de la cosa común.

A) La comunidad de derechos reales se extingue por *consolidación*, esto es, por la *absorción o concentración de todas las cuotas* en uno de los copartícipes que llega, así, a transformarse en titular singular.

La consolidación puede verificarse:

a) *Por renuncia de los demás comuneros* a sus respectivos derechos. La renuncia (abdicación) liberatoria produce, no sólo la transmisión de la cuota, que incrementa la parte correspondiente a los demás comuneros –o al último de los partícipes, convertido en titular singular–, sino la transferencia de las obligaciones inherentes al mismo derecho real (obligaciones *propter rem)*.

b) *Por usucapión de las cuotas ajenas*, cumplida por uno de los partícipes, por conducto de la interversión (de derecho) del título, o por mediación de la denominada "interversión de hecho".[14]

c) *Por adquisición de las cuotas de los demás comuneros* (sucesión a título universal, o a título particular, en la posición jurídica).

B) Una fórmula de disolución meramente parcial de la situación comunitaria, es perceptible respecto a uno o varios comuneros.

a) *Por sucesión de un comunero en la cuota de otro u otros*, siempre que la situación comunitaria subsista para un grupo (más reducido, desde luego) de participantes.

b) *Por cesión (gratuita u onerosa)* de la fracción aritmética, realizada a favor de uno de los comuneros (acrecimiento).

C) *Por perecimiento de la cosa.*

D) *Por la división de la cosa común.* La comunidad, tal como se halla actualmente organizada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes, es una situación *interina* (provisional). Esta regla res-

14. *V.*, Kummerow, Gert: *Loc. cit.*, pp. 38 y ss. e *infra:* Capítulo XV, N.° 111.

ponde, conforme a la teoría tradicional, a la aversión que, desde el ángulo de la política del derecho, ha experimentado siempre el legislador hacia un régimen de por sí desfavorable a la libre circulación de los bienes. A tal tendencia se adecuaría el dispositivo técnico contenido en el artículo 768 del Código Civil venezolano, que faculta a *cualquiera* de los partícipes para demandar la partición de la cosa común. La *división material* sustituirá la parte abstracta por una fracción concreta del objeto originariamente común.

En el orden técnico, la facultad de pedir la partición resulta un derecho *autónomo*, ejercitable, sin necesidad del concurso de los copartícipes, aun por el comunero a quien corresponde una fracción mínima, a pesar del parecer adverso o de la oposición formal de los copartícipes.

En el terreno práctico, la división puede verificarse:

a) En *forma amistosa* (división voluntaria).

b) *Por la vía judicial*, a solicitud de cualquiera de los comuneros, y como resultado de un acto decisorio del organismo juridiccional.

Interesa únicamente en este estudio el último de los módulos enunciados. La división voluntaria (convenida) sugiere, fundamentalmente, un conjunto de problemas reservados a la teoría general del contrato, cuya consideración excede los límites de esta materia. A través de la misma se liquida el régimen comunitario, convirtiéndose la cuota de cada comunero en un correspondiente y proporcionado derecho exclusivo sobre un bien concreto, *con compensaciones o sin ellas*. Tal negocio es a *título oneroso* y de naturaleza *declarativa*.[15]

Si la división amistosa no fuere posible (por no consentir en ello los copartícipes, por ejemplo), se ocurrirá a la división *judicial*. Esta misma puede realizarse mediante la adjudicación de una parte material y concreta, proporcionalmente a la cuota de cada comunero, o a través de la denominada (impropiamente) *división civil*, o más exactamente, *procedimiento sustitutivo de la división material:* venta de la cosa común y reparto del precio.

Sin embargo, el mismo derecho autónomo de pedir la división tropieza con algunos obstáculos:

15. Messineo, Francesco: *Manual...*, II, p. 33.

a) *La prohibición (legal) de división* (Código Civil, art. 769) de aquellas cosas que, si se partieran, dejarían de servir para el uso a que están destinadas.[16] La dificultad, sin embargo, deja margen al procedimiento sustitutivo antes referido.

b) *No se admite la división* –ni siquiera por el recurso al procedimiento sustitutivo– de las cosas absolutamente indivisibles. Como ejemplos, la doctrina señala los documentos de familia y los registros de una herencia. Son casos de *comunidad forzosa*, porque tales bienes constituyen un todo individualizado al que han de tener acceso todos los sujetos comprometidos por la relación comunitaria.[17] Una aplicación más clara (al menos en el derecho positivo venezolano), de la comunidad forzosa se encuentra en el régimen creado por la *propiedad horizontal (condominium)* respecto de las cosas necesarias a la seguridad, salubridad y conservación del inmueble (Ley de Propiedad Horizontal, art. 4).

c) *La prohibición del testador.* El derecho de pedir la participación de una herencia corresponde a cualquiera de los herederos, en forma autónoma. No obstante, el testador está facultado para prohibir la partición de la herencia, cuando todos los herederos instituidos, o algunos de ellos, sean *menores*, hasta *un año* después de que hayan llegado a la mayoría de edad (Código Civil, art. 1.067). El juez, cuando lo exijan graves y urgentes circunstancias, puede permitir la partición pese a la prohibición incorporada al testamento.

d) *El acuerdo de indivisión temporal.* El ordenamiento normativo venezolano no reconoce la indivisión perpetua *contractualmente* convenida. El artículo 768, párrafo segundo del Código, deja margen únicamente a los pactos de *indivisión temporal* por un *lapso no superior a los cinco años* (CC. argentino, art. 2.693; diez años en el Código Civil italiano de 1942, art. 1.111, y en el CC. suizo, art. 650). Los convenios que excedan del término señalado, se reducen automáticamente a cinco años.[18] La norma citada permite de-

16. "Corresponde a la soberana apreciación del juez del fondo la decisión acerca de la posibilidad de partición de un determinado bien" (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, de 24 de noviembre de 1965, en *Gaceta Forense*, segunda etapa, N.° 50, p. 541).

17. Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà*, p. 762, en especial, nota 116.

18. Barassi, Lodovico: *Op. cit.*, pp. 764 y 765. *V.*, Código Civil portugués, artículo 1.412, pár. 2.

mandar la partición, antes de cumplirse el lapso, cuando *graves y urgentes* circunstancias reclamen la división a juicio de la autoridad judicial (CC., art. 768, *in fine).*

La acción dirigida a pedir la partición es *imprescriptible*, aun cuando pueda oponérsele, como excepción de fondo en el proceso correspondiente, la usucapión de la cosa íntegra o de una fracción material determinada de la misma. Por remisión del artículo 770 del Código Civil, son aplicables a la división entre comuneros, las reglas concernientes a la *división de la herencia* (Código Civil, arts. 1066 y ss.) y las especiales que, sobre el procedimiento para practicarla, establece el Código de Procedimiento Civil (arts. 777 y ss.).

105. LA COMUNIDAD DE BIENES EN EL CONCUBINATO

El artículo 767 del Código Civil textualmente preceptúa:

"Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre, en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno de ellos. Tal presunción sólo surte efectos entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado".

La regla transcrita consagra, por tanto, una presunción de comunidad cuyo ámbito material de validez apunta a los bienes habidos durante la vigencia de la comunidad concubinaria. Constituye una presunción *"iuris tantum"* que admite la contraprueba de los hechos en los cuales descansa.

La comunidad de bienes entre concubinos fue incorporada al sistema positivo venezolano en 1942. Con anterioridad no podía alegarse una solución equivalente a la que disciplina el artículo 767, ni siquiera mediante el recurso a la sociedad universal de ganancias y pérdidas, por obstruirla normas de orden público (Cfr. art. 1650, ap. 2 del Código Civil, excepto entre cónyuges).[19]

19. El artículo 763 del Proyecto de Código Civil sometido a la consideración del Congreso Nacional, obra de la Comisión Codificadora creada por la Ley de 6 de junio de 1936,

Durante la vigencia de la legislación española, y en las normas dictadas por el Concilio de Trento, el *concubinato* conformaba un ilícito sancionado por las leyes canónicas y penales. Hasta 1916 el Código Civil venezolano ignoró el concubinato. El Código promulgado ese año tan solo incorporó menciones a la legalización de la situación concubinaria, por conducto del matrimonio, y a la investigación de la paternidad cuando los padres hubieren convivido en concubinato notorio. En la actualidad, la Constitución de 30 de diciembre de 1999 (art. 77), al igual que declara la protección del matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los deberes y derechos de los cónyuges, ampara "las *uniones estables de hecho* entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley" las cuales "producirán los *mismos efectos* que el matrimonio". Genera así el texto fundamental una norma (programática) con alcances proyectados más allá de la esfera exclusivamente patrimonial.

La precedente observación, en consecuencia todavía autoriza el estudio del artículo 767 del Código Civil, no como disciplina del concubinato en todas sus manifestaciones, sino como norma jurídica que

es reproducción literal del artículo 762 del Proyecto de 1931. Acogiendo una moción del doctor J. M. Domínguez Tinoco, contenida en escrito fechado en Barquisimeto en marzo de 1930 (Boletín N.° 1 de la Comisión Codificadora), el 13 de marzo de 1931 la presidencia de la Comisión designó a los doctores J. M. Bance, Luis I. Bastidas y Cristóbal Mendoza, para que presentaran un informe sobre los problemas planteados por el doctor Domínguez Tinoco y redactaran una norma que disciplinase el régimen de los bienes habidos durante el concubinato. Con ligeras modificaciones, el artículo –elaborado por el doctor Bance– fue aprobado por la Comisión. El artículo 763 del Proyecto arriba mencionado difiere, no obstante, del texto incluido en el Proyecto presentado a las Cámaras por el Ministro de Relaciones Interiores (doctor Tulio Chiossone), y el cual fue aprobado en el curso de las discusiones del Código Civil. En efecto, el artículo 763 del Proyecto de la Comisión Codificadora preceptuaba: "Se presumen comunes, salvo prueba en contrario, los bienes adquiridos por el hombre o por la mujer durante la unión concubinaria en que hayan vivido públicamente, aunque dichos bienes aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro". Para los antecedentes, *véase:* Loreto, Luis: "Comunidad de bienes entre concubinos", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XXXI (1942), pp. 181 y ss.; y Bastidas, Luis I.: *Comentarios y reparos al Proyecto de Código Civil*, II, Editorial Bolívar, Caracas, 1942, pp. 205 y ss.

únicamente apunta al ámbito de los bienes adquiridos o incrementados durante la vigencia de las relaciones *more uxorio.*

A) *Las premisas fundantes de la presunción*

Esquematicamente, los supuestos integrados al tipo legal de la presunción contenida en el artículo 767 CC. responden al cuadro siguiente:

a) La existencia de una situación (de hecho) calificada: la *unión no matrimonial* (concubinato);

b) La *permanente convivencia* del hombre y la mujer en tal estado;

c) La formación o incremento patrimonial operados en el curso de tal situación fáctica.

Tal presunción queda destruida cuando el hombre (o la mujer) está casado. Dicho en otros términos, cuando se interpone un obstáculo como lo es el *adulterio* (expresamente: *v.* art. 767 del Código de 1942).

En este orden de ideas, la presunción deja de funcionar eficazmente:

a) Cuando el hombre o la mujer (o ambos simultáneamente) han formado o incrementado un patrimonio y, con posterioridad, conviven en unión no matrimonial;

b) Cuando, *extinguida la relación concubinaria*, el hombre y la mujer adquieren o incrementan un grupo de bienes, o un bien determinado;

c) Cuando, en el curso de la permanente unión no matrimonial, se interpone una situación subsumible en el *adulterio.*

La redacción actual del artículo 767, liquidó un crecido número de controversias generadas por la norma que, en el Código derogado aparentemente, requería la *productividad* del trabajo desplegado por el hombre o la mujer en la creación o en el incremento del patrimonio. Un difundido criterio alimentado en la doctrina de algunos tribunales venezolanos, exigía la demostración de la actividad *fructífera*, directamente encaminada a provocar la obtención o el incremento de los bienes objeto de la comunidad. No bastaba para esa tendencia, la colaboración que en las tareas propias del hogar, pudiera prestar la concubina al hombre. Un fallo de Casación (Sentencia de 20 de noviembre de 1957)[20] permitió ce-

20. En *Gaceta Forense*, N.° 18, segunda etapa, pp. 194 y ss. La tesis fue acogida por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Mercantil de la Primera Circunscripción Judicial

rrar la controversia al aceptar que (también) la *colaboración indirecta*, pero causalmente conectada a la formación o al incremento del patrimonio, apuntalaba el eficaz mecanismo del artículo 767.

B) *Problemas derivados de la vigencia temporal del artículo 767*

Ni la norma inserta en el Código Civil de 1942, ni en el dispositivo hoy vigente, resuelven los conflictos generados por la existencia de bienes habidos o incrementados, por personas que vivieron en concubinato, con anterioridad a la recepción de la norma por el Derecho positivo venezolano.

Las tesis favorables a la posibilidad de aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 767 a tales bienes, resaltan en ciertos pronunciamientos de los Tribunales de Instancia y se apoya destacadamente en estos argumentos:

a) El artículo 767 del Código Civil cumple una finalidad tutelar en favor de la mujer. Sostener la aplicación de la norma sólo a partir del 1.° de octubre de 1942, equivaldría a eliminar esta misión tutelar, dejando fuera de la masa partible una considerable cantidad de bienes.

en sentencia de 28 de abril de 1958 (*Gaceta de Tribunales*, tomo VI, N.° 18, 30 de octubre de 1958). La base de sustentación del fallo de la Corte se halla delimitada por la siguiente motivación sustancial: a) Cuando dos personas trabajan juntas en la adquisición de bienes que se hacen comunes, resulta ocioso indagar si la labor de alguna de ellas –o de ambas– fue o no productiva o si lo fue en mayor grado que la del otro; b) Todo trabajo involucra un esfuerzo más o menos intensamente productivo; c) La presunción de comunidad establecida en el artículo 767 del Código Civil exige la demostración de las siguientes premisas: que se adquirió o aumentó un patrimonio durante la unión no matrimonial, que la mujer ofreció el aporte de su trabajo, y que durante el ciclo formativo o de incremento del patrimonio vivió en permanente concubinato con el hombre contra quien haga valer la presunción: d) "Requerir que el trabajo deba ser *fructífero*, es exigir una prueba más que no exige el legislador, esto aparte de que, en la mayoría de los casos, es difícil, si no imposible, ofrecerla y crea una injusta e ilegal desigualdad, presumiendo que el trabajo del hombre *siempre* es productivo, en tanto que el de la mujer no lo es, *debe probarlo*"; e) Por determinantes de orden social, poner a cargo de la mujer la prueba del trabajo fructífero, equivale a destruir una presunción que el legislador quiso edificar en defensa, precisamente de ella; f) La labor probatoria asumida por el demandante, por tanto, se reduce a la comprobación de la unión no matrimonial permanente, del trabajo y de la formación o el aumento del patrimonio concomitante a la vigencia del concubinato. "Para destruir esa presunción, al hombre incumbe probar que no hubo tal unión, que la mujer no trabajó, o que el patrimonio adquirido es sólo obra suya; no basta que los bienes estén a su nombre".

b) Rigurosamente entendida, la aplicación de la nueva norma a las consecuencias actuales o futuras de una situación existente, antes de su entrada en vigencia, involucra la aplicación inmediata (y no retroactiva) del dispositivo técnico.

c) La concesión de efectos jurídicos a situaciones anteriores a la vigencia de la norma, no afecta los *derechos adquiridos* por terceros.

d) La situación comunitaria nacida del concubinato no es una creación legislativa. Existía antes del 1.° de octubre de 1942. La Ley sólo ha controlado normativamente uno de sus aspectos parciales (en el orden patrimonial).

En el sector opuesto se hallan los pronunciamientos que predican el carácter *irretroactivo* del artículo 767, en especial las Sentencias de la Corte de Casación de 5 de diciembre de 1951[21] y de 27 de enero de 1954.[22]

La argumentación de esta postura reposa sobre los siguientes postulados:

a) Antes de la entrada en vigencia del Código Civil, las relaciones de orden patrimonial entre concubinos no estaban afectadas por una disciplina normativa específica. De allí que los bienes adquiridos por alguno de los concubinos ingresaban en su respectivo patrimonio, sin interferencias susceptibles de otorgar pretensiones válidas al otro.

b) La presunción *iuris tantum* de comunidad, instaurada por el artículo 767 del Código Civil, sólo puede referirse a las adquisiciones ocurridas con posterioridad al 1.° de octubre de 1942. De lo contrario, se concedería a la norma efectos retroactivos violatorios del precepto constitucional que lo prohíbe.

21. En *Gaceta Forense*, primera etapa. N.° 9, pp. 504 y 505.
22. *Gaceta Forense*, N.° 3, segunda etapa, pp. 312 y 313.

BIBLIOGRAFÍA

Barassi, Lodovico: *Proprietà e comproprietà*. Dott. A. Giufffre, ed., Milán, 1951.

Barbero, Domenico: *Sistema del Diritto Privato italiano*. Vol. I. 6ª edición. UTET. Turín, 1962.

Beltrán de Heredia, J.: *La comunidad de bienes en el derecho español*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

Candián, Aurelio: *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción, Blanca P. L. de Caballero. Uteha, México, 1961.

Hedemann, Justus W.: *Derechos Reales*. II. Traducción, Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Kummerow, Gert: "Veinte años de vigencia de una norma (art. 767 del Código Civil venezolano)". En *Revista Rayas*, Nos. 11 y 12, Caracas, 1963.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. II. Traducción, Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

Tovar Lange, Silvestre: *El cuasicontrato de comunidad en el concubinato*. Ediciones Edime, Caracas, 1951.

Vitucci, Elio: Voz "Comunione". En *Nuovo Digesto italiano*, III.

Capítulo XV
*Régimen de los derechos y obligaciones de los comuneros**

**106. La facultad de usar las cosas comunes.
107. El derecho de disfrute de las cosas comunes.
108. Las modalidades de los actos de disposición.
109. El mecanismo de la acción reivindicatoria.
110. Las acciones de protección de la posesión.
111. El tema de la usucapión entre comuneros.
112. Los deberes de los comuneros. Precisión del tema.
113. La configuración técnica de la obligación *propter rem*.
114. Los gastos inherentes a las situaciones creadas por la comunidad y la administración de las cosas comunes.
115. Las relaciones obligacionales de los comuneros frente a los extraños. 116. Traslación y extinción del deber de contribuir a los gastos.**

I. LOS DERECHOS DE LOS COMUNEROS SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

106. LA FACULTAD DE USAR LAS COSAS COMUNES

Contemplada desde un ángulo esquemático, la facultad de usar las cosas comunes se integra en un complejo de poderes sobre el objeto, cuyo ejercicio no requiere, en principio, de la colaboración de los demás co-

* El presente capítulo es la síntesis de nuestro trabajo *Dos estudios sobre el Derecho Venezolano*, Gráficas Espinoza, Caracas, 1962. Creímos conveniente conservar el plan de ese estudio, pero ya adaptado a las exigencias del *manual*. Ello significa que muchos de los conceptos vertidos reclamarán, a menudo, la ampliación necesaria con el auxilio de aquel material y de la bibliografía citada en el mismo.

muneros, pero que, por la esencia misma de la situación comunitaria, supone la armonización de los distintos intereses concurrentes.

El artículo 761 del Código Civil venezolano ("Cada comunero puede servirse de las cosas comunes, con tal que no las emplee de modo contrario al *destino fijado por el uso* y que no se sirva de ellas contra el interés de la comunidad, o de modo que impida a los demás comuneros servirse de ellas según sus derechos"), resume la facultad de servirse de las cosas comunes, adjudicada a cada partícipe, y una relativa prohibición, traducida en el no empleo de los bienes de un modo contrario al destino fijado por el uso, o en contra del interés de los demás integrantes de la situación comunitaria.

Ubicado el problema del uso en la esfera de la doctrina tradicional: tal facultad se proyecta como un goce promiscuo de todas las ventajas que las cosas comunes son susceptibles de reportar. Sin embargo, la promiscuidad misma sitúa sus obstáculos más rigurosos, tanto en el derecho sensiblemente igual que corresponde al resto de los copartícipes, como en la necesidad de adecuar el uso a la proporción en que cada comunero concurre con relación a la cuota.

El *destino fijado* por el uso (expresión inserta en la norma) constituye un índice, legalmente impuesto, que permite encuadrar el alcance de la actividad de los comuneros. Prácticamente, el índice referido puede localizarse recurriendo al orden de prelación de las fuentes de la comunidad (*retro,* Capítulo XIV, N.° 102). Fundamentalmente, el destino de las cosas comunes viene trazado por el pacto entre comuneros, dirigido a disciplinarlo durante la vigencia de la comunidad y, en segundo lugar, por las disposiciones rectoras del tipo especial de comunidad cuestionado. En último término, la fijación se abandonaría tanto a la peculiar naturaleza de los bienes comunes, como a la general destinación que se confiere a bienes similares en un momento dado y en un determinado medio. Este aserto autoriza a imprimirle al bien un uso distinto del que sugiere su misma naturaleza o estructura, por actuación del convenio concluido por los comuneros, dando así cabida a la primera de las "fuentes" de la comunidad (Código Civil, art. 759).

La forma primigenia del uso consiste en el aprovechamiento directo de las ventajas que pueden derivar de la cosa común. Pero la *indivisibilidad* del uso ha obligado a la doctrina a edificar un conjunto más o menos amplio de fórmulas que lo hagan factible, en armonía al *quantum* de las cuotas respectivas, y que faciliten el empleo integral del objeto por cada comunero.

Las fórmulas más conocidas pueden ser resumidas así:

A) *División del uso en el espacio*

Generalmente, el acuerdo tomado por los comuneros permite un empleo integral del bien sin provocar, por ello, la transformación de la *communio pro indiviso* en *communio pro diviso,* ya que la titularidad sigue correspondiendo, en fracciones aritméticas, a los comuneros.

A través de este procedimiento se asignaría –conforme siempre con la naturaleza de la cosa– a cada comunero un (determinado y concreto) sector de ella, autorizándolo para desplegar la totalidad de los poderes implícitos a la facultad de usar, de modo análogo a como lo haría el titular singular.

La división espacial del uso no libera al comunero favorecido de la obligación de contribuir con los gastos comunes en proporción a la cuota (arg. art. 762 del Código Civil) ni anula el derecho de intervenir en defensa de sus intereses patrimoniales frente a los demás comuneros y a los extraños.

B) *División temporal del uso (sistema turnario)*

El procedimiento más frecuente de distribución del uso entre copartícipes, consiste en su división en períodos que permitan un empleo *completo y sucesivo* de la cosa íntegra, sin límites en cantidad y extensión, sino en cuanto al tiempo.

El sistema descrito permite adaptar –por lo regular– el tiempo acordado a cada partícipe a la parte proporcional con que concurre en la situación creada por la comunidad, aunque los turnos deben entenderse dotados de cierta laxitud, de modo que no se impida a los demás un goce similar durante el período que les corresponda.

C) *El llamado "uso indirecto"*

Resultando inadecuados los sistemas anotados antes, por tratarse del uso de bienes comunes no susceptibles de ser parcelados temporal o espacialmente, se impondrá la *renuncia al goce directo* y su sustitución, por un procedimiento que permita la distribución proporcional de los productos de la cosa entre los copartícipes. La validez de un procedimiento sustitutivo de esta especie, está condicionada al acuerdo adoptado por los comuneros o al pronunciamiento del organismo jurisdiccional competente. De esta manera, el arrendamiento, por vía de ejemplo, de la cosa común, suministraría a los copartícipes una cantidad

(contraprestación por el uso que otro ostenta) perfectamente divisible en razón de las cuotas.

El uso indirecto queda catalogado en una categoría que se confunde con el derecho de disfrute.

107. EL DERECHO DE DISFRUTE DE LAS COSAS COMUNES

En la órbita del derecho positivo, el derecho de percibir los frutos de las cosas comunes, sugiere un número de problemas menor que el uso o el derecho de disponer.

Dada la regla de perfecta *divisibilidad* de los frutos (naturales y civiles), los copartícipes gozarán de ellos en proporción a sus respectivas cuotas (CC., art. 760, ap. 2). Aun con respecto a los frutos es imaginable una situación de comunidad cuando no puedan ser fácilmente fraccionados (frutos naturales que no pueden ser compartidos, por su misma naturaleza, de acuerdo con la proporción aritmética de participación en la comunidad, por ejemplo). Como quiera que un estado de indivisión de los frutos haría difícil, en tales casos, la actuación de los poderes de los comuneros, el procedimiento más sencillo para la resolución del problema reside en el recurrir de nuevo a un sustituto de la división en especie: venta de los frutos y reparto del precio, por acuerdo unánime de los interesados o por decisión del organismo jurisdiccional.

Una importante cuestión marginal en orden al empleo de los frutos, surge cuando se intenta discriminar la relación de pertenencia de las cosas adquiridas con la inversión de los mismos. Una considerable corriente doctrinaria se inclina por la tesis de que las cosas adquiridas con dinero común por el administrador, caen bajo el dominio inmediato de los participantes. En la vertiente opuesta, gravitan las opiniones que admiten únicamente la persistencia de una acción de los participantes contra el administrador que, sin autorización, empleó el dinero común, con lo cual –implícitamente– reconocen a éste un derecho de *dominio singular* sobre las cosas adquiridas. El método práctico aconsejable, al parecer, para dirimir las controversias suscitadas por la actuación del administrador que ha adquirido bienes invirtiendo para ello el dinero común, radica en la aplicación de los preceptos relativos a la gestión de negocios. Ello presupone, desde luego, que el administrador haya

procedido al margen de los poderes que le confiere el reglamento de la comunidad o el convenio particularizado de los copartícipes. Si en su actuación ha privado el animus *negotia gerendi*, quedaría poco margen de dudas sobre la cotitularidad que ostentarían los comuneros sobre la cosa; no así cuando el administrador ha procedido por cuenta propia, sin intención de gestionar a nombre o por cuenta de los demás: la cosa caería bajo el dominio exclusivo del adquirente, obligado sólo a responder frente a los copartícipes por la indebida inversión hecha.

108. LAS MODALIDADES DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

A) *Los actos de disposición sobre la cuota*

El artículo 765, primera parte, del CC., confiere a los comuneros una facultad, ilimitada a primera vista, que se concreta en el derecho de propiedad sobre las cuotas. La norma, idéntica al artículo 679 del CC. italiano de 1865, levantó fuertes críticas en la doctrina. La cuota, se observó en Italia, no es un objeto de dominio exclusivo del comunero, sino la medida del disfrute sobre toda la cosa, el límite de intensidad de ese derecho y la proporción con que concurre a la división de la cosa común.

Por lo demás, el poder de disposición del comunero queda limitado a la parte material que se le asigne al producirse la división y que, por regla general, equivale valorativamente a la cuota.

En síntesis, la fórmula exacta del poder de disposición acordado al copartícipe se resume: a) En el reconocimiento de un poder sobre la parte indivisa integrada al patrimonio; b) En el correlativo deber de respeto a cargo de los demás comuneros con relación a los actos que el comunero realice; c) En los efectos limitados a la parte material que se le adjudique al comunero al producirse la división.

a) *La libre disposición de la cuota*

Definitivamente abandonadas las posturas doctrinales que estimaban la venta de la cuota como venta de cosa futura (basada en el dispositivo inserto en la última parte del art. 765), o como venta de la cosa ajena (porque disponía, anticipadamente, de un objeto cuya materialidad pertenece con título igual a los demás participantes mientras per-

dure la indivisión), la libre disposición de la cuota aparentemente no reconoce límites. El causahabiente, al consolidar su posición por efectos del acto negocial, asume las cargas y adquiere las prerrogativas que pertenecían al causante en el cuadro de la comunidad.

La interpretación sistemática de dos preceptos normativos (arts. 765 y 1.546 del Código Civil) demuestra, sin embargo, que las condiciones de eficacia plena de la enajenación por vía de venta o de dación en pago, se ajustan a los enunciados siguientes:

a') Los comuneros tienen derecho a ser preferidos al extraño cuando un partícipe pretenda vender o dar en pago su cuota *(derecho de tanteo o derecho al tanto)*.[1] Visto desde otro ángulo, el partícipe que pretenda celebrar un contrato de venta de la cuota o darla en pago de una deuda, tiene el deber de ofrecerla de modo preferente a los demás comuneros, en igualdad de condiciones que al extraño.

b') Si se ha vendido o dado en pago la cuota, contraviniendo el deber impuesto en el apartado anterior, el comunero que no ha tenido ocasión de ejercer el derecho preferente, podrá subrogarse al extraño en las mismas condiciones estipuladas en el contrato *(retracto legal)*: No obstante, cuando "dos o más *copropietarios* quieren usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común". El ejercicio del derecho conferido en este sector se halla condicionado al supuesto de que la cosa no pueda dividirse cómodamente o sin menoscabo (Código Civil, art. 1.546).[2]

b) *La constitución de gravámenes sobre la cuota*

La constitución de determinadas cargas que afectan directamente la cuota supone, en principio (mas no exclusivamente), la existencia de un tipo calificado de comunidad: la copropiedad. Exclusivamente, en la exposición nos ocupamos del usufructo sobre fracciones aritméticas y de la garantía real hipotecaria. En un apartado final se analiza la problemática de la servidumbre concedida por un copropietario sobre el predio indiviso.

1. En forma expresa, v. artículo 1.409, par. 1 del Código Civil portugués de 1966, en vigencia a partir del 1.º de junio de 1967: "El copropietario goza del derecho de preferencia y tiene el primer lugar entre los legalmente preferidos en casos de venta, o dación en pago, a extraños, de la cuota de cualquiera de sus partícipes".
2. La acción de preferencia aparece reglamentada en el artículo 1.410 del Código Civil portugués.

a') *El usufructo sobre fracciones aritméticas.* Los poderes reconocidos al comunero por el artículo 765 del Código Civil, resuelven en forma afirmativa la constitución del usufructo sobre la cuota.

El usufructuario *pro quota* no ocupa, sin embargo, la posición del nudo propietario en las relaciones generadas por la comunidad. Una postura contraria le colocaría en el mismo plano del adquirente, lo cual no es admisible. Fuera del radio de actuación del usufructuario quedará, por tanto, la administración de los bienes comunes y el derecho de pedir la división. El usufructo sobre la cuota se concreta, así, en una cesión del goce. Las cargas inherentes a la condición de copartícipe no se trasladan por los únicos efectos de la constitución del usufructo, a menos que una relación contractual fundante de un deber de tal naturaleza, haga exigible tal conducta por los demás comuneros.

En general, los poderes que confiere el usufructo (y el uso) están subordinados al resultado de la partición. Es decir, la posición del titular del derecho frente al causante carece de la normal estabilidad que implica la limitación similar del dominio singular. Todo esto se traduce en la desaparición del derecho si el bien, luego de ocurrida la partición, no ingresa al patrimonio exclusivo del constituyente. El gravamen no subsistiría, ni perseguiría la cosa, si se la adjudica a un comunero extraño a la negociación o si se traslada al patrimonio de un tercero. El adjudicatario adquiere –por razón del efecto retroactivo de la división– como si hubiere sido propietario con anterioridad al estado de indivisión.

Si la totalidad de la cosa –antes común– se atribuye al constituyente del derecho real, el usufructo (a pesar de subsistir) no se extiende más allá de sus límites iniciales.

b') *La constitución de hipoteca sobre la cuota.* La posibilidad de constituir garantía hipotecaria sobre la parte indivisa presupone, como elemento básico, el carácter inmobiliario del derecho del comunero (Código Civil, art. 1.881, aparte 1.º, conc. arts. 526 y 530). El efecto de la hipoteca se limita a la parte que toque al comunero en la partición (Código Civil, art. 765).

Esta última restricción provoca una reversión en la eficacia de la garantía, ya que si bien resulta innegable la validez del gravamen impuesto a la cuota, considerada inmobiliaria durante la existencia de la situación comunitaria, no podría predicarse similar consecuencia cuando el bien se asigna a un sujeto distinto del comunero que ha consti-

tuido la garantía, resultado este que se ajusta perfectamente al efecto retroactivo de la partición. Por este motivo, la protección efectiva del crédito quedaría, en cierto modo, sometida a la oportuna intervención del acreedor en el proceso de partición, conforme al artículo 766 del Código Civil.

c') *La constitución de servidumbre sobre la cosa común.* El derecho del comunero no puede extenderse hasta la constitución de servidumbres, las cuales, por su misma naturaleza, implican la afectación de la materialidad del inmueble común –no ya de la cuota– y envuelve, por ello, un acto de disposición que reclama el acuerdo unánime de los condueños (arg. art. 723, CC.).

"La servidumbre concedida por un copropietario de un predio indiviso no se reputa establecida y realmente eficaz sino cuando los demás la han concedido también, juntos o separados. Las concesiones hechas bajo cualquier título por los primeros quedarán siempre en suspenso hasta que el último las haya otorgado. Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios, independientemente de los demás, obligará al concedente y a sus sucesores y causahabientes, aunque sean singulares, a no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido. Del mismo modo, efectuada la partición, la servidumbre tendrá toda su validez en lo que afecte a la parte que se le adjudique al concedente" (Sentencia de la Casación venezolana, de 8 de julio de 1957).[3]

B) *Problemática de la enajenación de cosas comunes*

La cuestión enunciada en este rubro ofrece dos ángulos de signos distintos. El primero de ellos, referente a la eficacia de la negociación, no sugiere otros problemas que no sean los relacionados con la forma de lograr la concurrencia de voluntades de los comuneros. Catalogada como acto típico de disposición, la enajenación ha de ser acordada por la totalidad de los comuneros, actuando conjuntamente o a través de un mandatario suficientemente autorizado para efectuar el negocio. El segundo puede tener dos contestaciones, según la postura doctrinal que se adopte, y trata de resolver el problema específico de la enajenación de la cosa común por un comunero.

3. *Gaceta Forense*, N.º 17, segunda etapa, julio a septiembre de 1957, p. 9.

Si se admite que un partícipe puede válidamente disponer de la sola cuota que le pertenece, la venta de las demás cuotas debe considerarse ineficaz. La segunda posición incide en una conclusión diversa, si se acepta que en el derecho positivo venezolano las normas aplicables no reproducen una sanción tan enérgica como la enunciada.

La venta de la cosa común tendría que recibir, necesariamente, el tratamiento de la venta de la cosa ajena. Sin embargo, la actuación simultánea de una diversidad de dispositivos técnicos que se refieren a la teoría general del contrato, hace posible, no una respuesta única, sino una diversidad de supuestos a los cuales se conectan otras tantas consecuencias:

a) El enajenante y el adquirente subordinan la eficacia del contrato a la eventualidad de que, en la partición, le sea asignada al primero la totalidad de la cosa. La condición crea un nexo de dependencia entre el negocio celebrado y la ocurrencia del evento, verificado el cual, el adquirente obtiene *ipso iure* la propiedad de la cosa.

b) El partícipe enajena –como propia– la cosa común a una persona que ignora la común pertenencia de la misma. Al respecto son descriptibles dos subhipótesis:

a') Versando el acto negocial sobre bienes inmuebles, o sobre universalidades de bienes muebles, podría, o bien declararse la *nulidad* del acto jurídico o, por el contrario, entrar a resolver si el mismo se enfrenta a una condición suspensiva. Conforme al artículo 1.483 del Código Civil venezolano, la sanción conectada a la venta de la cosa ajena es la *anulabilidad* del negocio, condicionado el resarcimiento de los daños y perjuicios a la ignorancia de dicha circunstancia por el comprador. Por lo demás, la nulidad relativa puede ser invocada sólo por el adquirente. Los demás comuneros penetrarán en la situación creada únicamente a través de la *acción declarativa* de certeza de sus derechos, que intentarían contra el comprador de la cosa común.

b') Si el acto traslativo de dominio atañe a un bien mueble corporal o a un título al portador, siendo de buena fe el adquirente, estaremos en presencia de un caso típico de adquisición *a non domino*. Por la intervención de un mediador posesorio en sentido analógico (el comunero), se crea una situación de apariencia que tutela la postura del tercero de buena fe (Código Civil, art. 794, primera parte).

109. EL MECANISMO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

A) *La llamada "acción reivindicatoria entre comuneros"*

En el marco de la disciplina de la copropiedad, la acción reivindicatoria es concebible, tanto como una forma de protección del derecho de cada condómino frente a los otros condóminos que desconocen su derecho, como la defensa de la copropiedad (globalmente considerada) frente al poseedor no propietario, extraño a la comunidad.

Entre comuneros –si se otorga a la reivindicación los efectos normales que se describen en el caso del propietario singular–, la reivindicación representaría una negación virtual de los derechos de los copartícipes. Ello obedece al hecho de que la acción reivindicatoria se dirige a lograr un pronunciamiento judicial, que ordena la restitución de la cosa al reivindicante, lo cual, fatalmente, aparejaría la negación del dominio proporcionalmente idéntico de los demás propietarios y la liquidación consecuencial de la comunidad.

Por este motivo, la doctrina elude el calificativo "reivindicación" a la actividad procesal encaminada, no a forzar la entrega de la totalidad de la cosa al actor, sino al reconocimiento de los límites dentro de los cuales el poder del copropietario demandante ha de coexistir con el dominio ejercido por los copartícipes. Si bien la formulación y el mecanismo de la acción puede coincidir en sus rasgos esenciales con la reivindicatoria reconocida al propietario singular, objetivamente no puede tener otros efectos que los de una acción declarativa de derechos.[4]

B) *Ejercicio de la acción reivindicatoria contra terceros extraños*

Las mismas reservas señaladas precedentemente, no subsisten en cuanto al estudio de la acción reivindicatoria promovida contra el (tercero) extraño que, no siendo propietario, desconoce el derecho que en conjunto ejercitan los comuneros y posee la cosa común. La misión

4. En este sentido, *véase* la Sentencia de la Casación venezolana, de 7 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, N.° 17, segunda etapa, julio a septiembre de 1957, pp. 223 y ss., y Sentencia de Casación de 10 de julio de 1950, en *Gaceta Forense*, primera etapa, N.° 5, 1951, p. 339.

restitutoria de las facultades ínsitas al dominio plural viene a ser, aquí, la resultante obligada del pronunciamiento del organismo jurisdiccional.

Mientras se mantenga la vigencia de la copropiedad, cada comunero puede exigir que su participación en las ventajas propias de la situación comunitaria le sea respetada. Este derecho queda obstruido cuando un extraño procede contradictoriamente, detentando la cosa íntegra. El ordenamiento normativo organiza, entonces, una protección directa de la copropiedad, asegurando el ejercicio de los poderes que la misma involucra. Pero, para que el pronunciamiento del organismo jurisdiccional competente funcione cabalmente, no se requiere que la totalidad de los condueños actúe conjuntamente en la proposición de la demanda. El sistema positivo venezolano autoriza al comunero para presentarse como actor sin poder, en nombre e interés de los condóminos, con lo cual el ejercicio de la acción pasa a constituir una derivación lógica del goce común, no ya limitado a la fracción ideal, sino proyectado a la integridad del objeto (*Cfr.* CPC., art. 168).

El condueño reivindicante, como actor sin poder, interviene en la relación procesal en nombre y en interés de los demás copropietarios. Ello significa que el fallo no puede condenar al demandado a entregar la cosa exclusivamente al reivindicante, sino a la totalidad de los comuneros por más que el actor, de hecho, haya obrado durante el proceso sin el concurso de los copartícipes.

110. LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

A) *La coposesión en las relaciones comunitarias*

La configuración técnica de la coposesión se presenta como dos o más posesiones de un mismo grado, que se limitan mutuamente. Presupuesta la coposesión como limitación de poderes de hecho ubicados en un mismo plano, quedaría descartado el instituto cuando las posesiones se hallan situadas en grados diversos.

B) *Las acciones de amparo y de restitución entre comuneros*

Las hipótesis más frecuentes de perturbación o de despojo, susceptibles de conformar el tipo legal que prescriben las acciones posesorias de amparo o de restitución, consisten en la conducta contraria al deber de respetar el uso proporcionalmente idéntico que sobre la cosa común corresponde a los copartícipes. De modo particularizado, las

nnovaciones no autorizadas, efectuadas por un comunero y el ejercicio exclusivo de las facultades ínsitas al régimen de comunidad, configuran supuestos de frecuente ocurrencia, a los que se enlazan los actos coactivos encaminados a hacer cesar la perturbación o a restituir el ejercicio de los actos posesorios.

Aun cuando ni en el capítulo destinado a la disciplina de la comunidad ni en el título destinado a la posesión, se legitima activamente al coposeedor para ejercitar acciones interdictales contra los copartícipes cuya conducta encuadre en los supuestos antes trazados, constituye un principio generalmente admitido por la doctrina (y en jurisprudencia) la procedencia de tales acciones.

Pero las dificultades más notables derivan de las condiciones de procedencia que integran el núcleo de los supuestos normativos (art. 782 y 783, CC.). El sistema positivo venezolano exige, en el interdicto de amparo, la constatación de una posesión calificada (legítima). No así respecto del interdicto restitutorio. Por consiguiente, los conceptos que integran el dispositivo técnico del artículo 782, obligan a demostrar el carácter legítimo de la posesión del legitimado activo en el juicio correspondiente, aparte de los elementos de ultraanualidad y molestia.

La comprobación de la posesión legítima, puede dar origen a conflictos de extraordinaria complejidad cuando se trata de calificar la postura que, de hecho, asume el comunero-actor contra el comunero-demandado en el respectivo proceso.

La legitimidad de la posesión tropieza con graves obstáculos en la comunidad. Por una parte, los comuneros poseen simultáneamente (contemporáneamente), lo cual –por otro lado– supondría una *equivocidad permanente*, que motivaría la liquidación de uno de los requisitos característicos de la posesión legítima.

Pero, si bien es cierto que los actos que suponen el ejercicio ordinario de las facultades derivadas de la comunidad, no inciden en el calificativo de perturbación a la posesión, la doctrina ha elaborado un catálogo donde se agrupan aquellos que de modo evidente reflejan molestias en el poder atribuido a los copartícipes.

Ahora bien, la problemática sugerida puede originar un doble planteamiento referido al interdicto de amparo:

a) *La coposesión es siempre equívoca.* En otras palabras, el examen de la situación de hecho, permite descubrir un comunero coposeedor frente a otros comuneros, coposeedores, de tal modo que la

posesión del querellante se encuentra compartida con la de los querellados. La ausencia de exclusividad, y la consecuencial equivocidad, rompería la normal concurrencia de los elementos determinados en el artículo 772 del Código Civil, por lo que aparece defectuosamente integrado el tipo legal de la acción posesoria de amparo (art. 782 CC.).

b) *El coposeedor ha transformado su posesión* promiscua en posesión exclusiva (por causa de la interversión del título), o bien, de hecho, figura como poseedor exclusivo frente a los demás comuneros. La acción posesoria resultaría admisible. La procedencia del interdicto de amparo promovido por un comunero contra el perturbador que se pretende (a la vez) comunero, es actualmente admitida por una doctrina pacífica de los tribunales venezolanos.[5]

Diversamente se abordaría el problema del interdicto restitutorio entre comuneros. Conforme al artículo 783 del Código Civil, no siendo requisito esencial la demostración de la legitimidad de la posesión del querellante, la acción podría ser dirigida contra el comunero autor del despojo consumado (*supra*, N.° 46, D).

C) *Las acciones posesorias de amparo y de restitución frente a terceros*

Cuando se la sitúa frente al tercero extraño (autor de la perturbación o del despojo), la posesión de los partícipes ofrece dos fases distintas:

a) Según una dirección doctrinal, bastará que sólo un comunero posea la cosa común para que se entienda poseída en interés de todos, sin previo requerimiento de un mandato expreso o tácito. Habiendo poseído uno, se entiende que todos han poseído, y cualquier comunero podrá demandar la intervención del organismo jurisdiccional para que se ponga fin a la perturbación o al despojo;

b) La postura contraria reposa en argumento diverso: el comunero no posee la cosa en nombre y en interés de los demás, si éstos no le han conferido una representación de esa índole.

5. *Cfr.*, en esta dirección, sentencia de la Corte Federal y de Casación, de 22 de julio de 1949, en *Gaceta Forense*, primera etapa, N.° 2, pp. 388 y 389; sentencia de la Casación venezolana, de 3 de julio de 1959 (Corte de Casación en Sala Civil, Mercantil y del Trabajo), en *Gaceta Forense*, N.° 24, segunda etapa, abril a junio de 1959, pp. 214 y 215, sentencia de la Casación venezolana de 22 de junio de 1959, en *Gaceta Forense*, N.° 24, segunda etapa, p. 285, entre otras.

Dentro del ordenamiento jurídico venezolano, el conflicto entre las dos corrientes señaladas halla respuesta en el artículo 168 del Código de Procedimiento Civil. La posesión, en efecto, no es susceptible de parcelamiento o de reducción. Si se ejerce sobre la totalidad de la cosa, es lógico inferir que el comunero pueda promover las acciones conducentes a lograr el cese coactivo de los actos turbatorios, o la reintegración de la posesión ante el despojo. Debe advertirse que la *representación* sin poder, recogida en el artículo 168, CPC., resulta eficaz en tanto el comunero (actor) actúe en nombre y en interés de los demás e invoque los efectos del pronunciamiento judicial a favor de la comunidad. De otra forma, y en el plano concreto del interdicto restitutorio, la sentencia que ordene la reintegración a favor del solo comunero-actor, provocaría un sensible desequilibrio en la esfera de interés de los copartícipes.

111. EL TEMA DE LA USUCAPIÓN ENTRE COMUNEROS

A) *La prescripción adquisitiva entre comuneros*

Al reconocerse como presupuesto de la prescripción adquisitiva la posesión legítima (CC., art. 1953, conc. art. 772), implícitamente se acepta que cada vez que no pueda configurarse la legitimidad de la posesión, la usucapión carecerá de fundamento de validez. A ello parece conducir la interpretación literal de los artículos 1.961 (situación del poseedor o tenedor en nombre ajeno y de sus herederos a título universal, con respecto a la usucapión) y 1.963 (imposibilidad de invertir unilateralmente el título).

Como quiera que uno de los elementos de la posesión legítima es la "no equivocidad", la doctrina tradicional ha percibido siempre en las situaciones comunitarias el prototipo de la promiscuidad en la posesión, señal cierta de que los comuneros no pueden comportarse como dueños exclusivos de la cosa común. Este criterio se afirma, observando en general la situación jurídica de los términos subjetivos de la comunidad, quienes poseen todos una misma cosa, sin excluir el uno al otro en el goce de ella. Tal postura ha permitido asimilar el comunero, en ocasiones, al poseedor *nomine alieno*, en lo que se refiére a las cuotas que no le pertenecen. Las premisas edificadas por la teoría tradicional se sostienen sobre estos postulados: a) Una posesión legítima reducida a la propia fracción intelectual; b) Una posesión precaria que se

revela cuando, además de la cuota propia, el comunero posee la diferencia entre ella y la totalidad de las diversas posesiones correspondientes a los demás participantes.

La única fórmula admisible para conferir legitimidad a la posesión de la cosa sería, entonces, la *interversión del título*, en razón de los procedimientos pautadas en el artículo 1.961, CC. (por causa proveniente de un tercero o por la oposición al derecho de propietario).

Pero la falla de este punto de vista de la teoría tradicional, consiste en conferir a la coposesión un tratamiento jurídico basado en la suma de posesiones aisladas. La doctrina actual ha demostrado (Scialoja), que el coposeedor no es poseedor *nomine alieno* cuando el poder de hecho sobre la cosa, integralmente tomada, lo ejerce con exclusión de los demás comuneros, en nombre propio, negándoles implícitamente sus atribuciones específicas. En este último caso, la posesión no podrá catalogarse dentro del plano correspondiente al mediador posesorio.

El anterior orden de ideas permite deducir que, en caso de posesión exclusiva de la cosa común, no es necesario –como en la hipótesis de posesión precaria– que se cumplan actos positivos encaminados a demostrar la inversión del título, siendo suficiente que se posea, de hecho.

Si bien la interversión del título puede llevarse a cabo "de hecho", ello no excluye la aplicación de la norma que prescribe los casos ya conocidos de interversión. Así, son conciliables la postura para la cual basta una posesión exclusiva, ejercida por el comunero (inversión de hecho) y la que exige la mutación del concepto posesorio conforme a una interpretación estricta del artículo 1.961, Código Civil.[6]

6. Sobre la posibilidad de usucapir sólo una fracción material de la cosa común y de la adquisición por un grupo reducido de comuneros, *véase* la Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 26 de enero de 1962, y nuestro comentario "Sobre el tema de la prescripción adquisitiva entre comuneros", en *Revista del Ministerio de Justicia*, N.° 46, julio, agosto, septiembre de 1963, pp. 23 y ss. Los fragmentos de la sentencia indicada, fundamentales para el punto en examen, son: "Frente a las expresadas posiciones contrapuestas por las partes, el sentenciador considera que, así como es perfectamente admisible [...] que un comunero, poseyendo, claro está, exclusivamente, para sí, pueda adquirir por prescripción todo el bien común, también es dable que un grupo de comuneros pueda llegar al mismo resultado, si ha poseído legítimamente la totalidad de la cosa común (aunque la posesión sea conjunta) por todo el tiempo

requerido y con exclusión de los demás comuneros no poseedores" [...] "El sentenciador observa que así como lógica y jurídicamente se concibe que una comunidad pueda nacer por la posesión prolongada, legítima y exclusiva, que un grupo de personas ejerce conjuntamente sobre un cuerpo cierto, también es perfectamente admisible que la comunidad o copropiedad, así o de otra manera nacida (sucesión, contrato), sobre ese cuerpo cierto, pueda sufrir modificaciones en cuanto a sus titulares, en el sentido de que, mediante la posesión útil (legítima y excluyente), prolongada en el tiempo, uno de los comuneros poseedores pueda adquirir todo el bien común frente a los demás comuneros poseedores, o un grupo de comuneros que posee un conjunto, pueda adquirir dicho bien común frente a los demás comuneros no poseedores (sea uno, sean varios)" [...] "La posesión que ejerce un comunero poseedor o un grupo de comuneros poseedores sobre todo el bien común, se considera que la ejercen para sí y, al mismo tiempo, para toda la comunidad, hasta el momento en que, de manera indubitable, ese comunero o grupo de comuneros, con actos que revelen claramente su intención, comiencen a poseer sólo para sí, excluyendo a los restantes miembros de la comunidad que, por lo mismo, dejan de ser coposeedores". En la jurisprudencia italiana ya este criterio es pacífico: "A los fines de la usucapión de la cosa común es suficiente que el copropietario posea, por el tiempo necesario, la cosa misma y no se requiere la interversión de la posesión prevista en el artículo 1.164 del Código Civil" (Casación italiana, 13 de julio de 1966, N.° 1.868, en *Massimario della Giurisprudenza italiana*, 1966, 826). "También el condominio puede adquirir por usucapión la propiedad de un bien, o parte de un bien común, cuando lo haya poseído *animo domini* de modo exclusivo e incompatible con la posibilidad de hecho de un goce común, y por el tiempo necesario a la usucapión" (Casación italiana, sentencia de 24 de enero de 1966, N.° 287, en *Foro italiano*, 1966, I, 435).

Principios consolidados y principios nuevos se localizan en la Sent. de la Casación italiana de 26 de mayo de 1969, N.° 974. Según la Corte de Casación, la usucapión de la cosa común por parte de un comunero singular requiere, según el artículo 1.158 CC., no sólo un comportamiento continuo y no interrumpido, tal que muestre la intención de ejercitar sobre la cosa un poder de señorío correspondiente al del propietario, sino también la posesión exclusiva que, ejercitada de modo inconciliable con la posibilidad concreta de goce general, haga venir a menos el presupuesto de la destinación al uso común.

Examinando el caso concreto, la Corte precisa por primera vez que la obra hecha por el comunero singular sobre el área común, con base en una concesión de los demás copropietarios que haga posible una construcción de otra manera vedada, puede configurarse como una simple ampliación del derecho de utilizar la parte común o un derecho sobre la cosa parcialmente ajena configurable como un derecho de superficie o de servidumbre, según su aplicación práctica. Subraya que la interversión, que se puede realizar también mediante el cumplimiento de actividad material que demuestre de modo inequívoco la intención del interesado de ejecutar la posesión en nombre propio, no cristaliza en la hipótesis de que la posesión misma se haya manifestado (*Riv. de Diritto Civile*, N.° 5, 1969, Parte II, pp. 483 y 484).

Ahora bien, con arreglo a una fórmula no exenta de críticas, la "Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimientos Agrarios", de 20 de agosto de 1982 (art. 14), dio cabida a la "declaratoria de propiedad" a lotes de tierras "ocupadas" por el comunero que haya cumplido por más de diez años la función social de la "propiedad agraria". Tal ocupación (rectius: posesión) ha de ser pacífica, no interrumpida, con ánimo de dueño, sin oposición de otros comuneros y ejercitada en superficies inexpropiables según la Ley de Reforma Agraria. La norma mencionada describe también el mecanismo procesal apuntado a la declaratoria que ha de pronunciar, en juicio contencioso, el Tribunal Agrario de Primera Instancia.[7]

B) *Adquisición de la comunidad por usucapión*

La promiscuidad en la posesión, es uno de los caracteres intrínsecos del status que ha de materializarse en la adquisición de la copropiedad. Tal promiscuidad existe en el seno de la situación comunitaria y afecta las relaciones entre los partícipes. Frente a los terceros extraños, el ejercicio de los actos posesorios, debe asumir los aspectos tipificadores de una exclusividad susceptible de revelarse como el ejercicio de hecho de un derecho (común), que va a adquirirse con el transcurso del tiempo legalmente determinado.

II. LAS OBLIGACIONES DE LOS COMUNEROS

112. LOS DEBERES DE LOS COMUNEROS. PRECISIÓN DEL TEMA

Para recabar el instrumental necesario al análisis de este tema, se ha juzgado conveniente dedicar algunos párrafos a la obligación *propter rem* (obligación real o ambulatoria) y a las consecuencias jurídicas conectadas a su "realidad", para lo cual se reproducen los conceptos ya elaborados en otro lugar (retro, Capítulo V, N.° 25). Presupone esta indagación un conocimiento cabal de la regulación normativa de la co-

7. Para un comentario crítico, en orden al sistema construido por el dispositivo técnico de la ley especial, *v.*, Márquez Áñez, Leopoldo: *El nuevo Código de Procedimiento Civil*, Fondo de Publicaciones UCAB - Fundación Polar, Caracas, 1987, pp. 262 y 263.

munidad y, concretamente, del orden de prelación de sus fuentes *(supra,* Capítulo XIV, N.° 102).

En el derecho positivo venezolano, la regulación de los deberes de los comuneros, aparece como una contrapartida de los *poderes* de que se hallan investidos, lo que en sí mismo plantea la necesidad de un deslinde previo conceptual, a menudo difícil en la práctica. De ordinario, el régimen de los deberes –como también de las facultades– de los comuneros está contenido en el reglamento de la comunidad, cuya aplicación se superpone a la norma legislativa, siempre que no vulnere dispositivos técnicos condicionantes de la eficacia o de la validez del convenio.

El aserto de que el pacto creador de deberes a cargo de los comuneros se sitúa en un peldaño de preferente aplicación, es válido a lo largo de todo este estudio. Al hablar de "deberes", por tanto, lo hacemos con referencia al contenido de las normas que estatuyen, en el derecho venezolano, conductas de obligatoria observancia para los partícipes.

113. LA CONFIGURACIÓN TÉCNICA DE LA OBLIGACIÓN *PROPTER REM*

A) *Predeterminación de los deberes entre comuneros*

Las obligaciones *propter rem* son definidas en el sector de la doctrina, como "aquellas *relaciones jurídicas obligatorias* cuyo sujeto pasivo es *cualquier persona* que se encuentre en cierta posición jurídica respecto a una cosa, y las cuales se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo el deudor liberarse del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa".[8]

Conforme a esta definición, el *sujeto pasivo* se determinará a través de la titularidad del derecho real. La vinculación del deber a la titularidad del derecho real, hace que la obligación siga la suerte de la cosa sobre la que se ostenta la titularidad. Por ello, la variabilidad del sujeto pasivo conlleva el mantenimiento del vínculo obligatorio, lo cual

8. *V.*, Hernández Gil, Francisco: "Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*", en *Revista de Derecho Privado,* 1962, p. 858.

no significa necesariamente una indeterminación del sujeto pasivo. Este último se individualiza en cada momento a través de la existencia de ciertos elementos, entre otros –en primer lugar–, el encontrarse en cierta posición jurídica respecto a una cosa.

La obligación *propter rem* surge, y se realiza, con referencia a un *derecho real.* En el sector de la comunidad de derechos reales, los trazos de la obligación *propter rem,* se reproducen bajo los mismos signos que se le otorgan en cualquier derecho real singular. Si surgen modalidades privativas, ellas son dadas por la dimensión cualitativamente calificada de las posiciones que adoptan los copartícipes.

B) *Las proyecciones de la conformación real del deber entre comuneros*

El origen real de las obligaciones entre comuneros autoriza el siguiente esquema de sus consecuencias jurídicas:

a) Sobre el comunero recae el deber de soportar los gastos que resultan del *mantenimiento y conservación* de la cosa común. Tal obligación procede de la posición que asume dentro de la situación comunitaria. Cuantitativamente, la participación en los gastos, deriva del monto de la respectiva cuota o de la disposición intercalada en el convenio formado a tal efecto.

b) La obligación de contribuir con los gastos, se conecta a la facultad otorgada a los demás comuneros, para *provocar un acto* coactivo contra el incumpliente, encaminado a recabar forzosamente su cooperación.

c) La obligación de soportar los *gastos necesarios* aparece, por lo regular, *independientemente de la voluntad de los comuneros.* Es más, tal deber incide directamente sobre el extraño que ingresa en la posición jurídica ocupada por un comunero, con prescindencia de que en el acto traslativo se haga constar o no la vigencia del mismo. La proposición contraria no deja de tener validez, si la obligación se enlaza a la existencia de un convenio que desplace sobre uno (o sobre un grupo reducido) de los comuneros, la integral contribución al gasto.

d) El anterior enunciado resulta de extraordinaria relevancia si se admite que el carácter *propter rem* de la obligación la dota de eficacia real frente y en beneficio de los causahabientes particulares de los copartícipes que han intervenido en su elaboración.

c) El hecho dañoso provocado por la actuación de un comunero coloca a su cargo el deber de resarcir. Pero este hecho (ilícito), imputable a un comunero, engendra una relación puramente obligacional (no *propter rem*), cuyos postulados son distintos. En términos genéricos, la eficacia real del pacto regulador, no alcanza las obligaciones puramente personales que comprometan la conducta de un comunero o de un reducido grupo de comuneros.

114. LOS GASTOS INHERENTES A LAS SITUACIONES CREADAS POR LA COMUNIDAD Y LA ADMINISTRACIÓN DE LAS COSAS COMUNES

Fuera de las disposiciones que rigen en materia de comunidades especiales, la dimensión de los gastos a cargo de los comuneros descansa en dos dispositivos técnicos: los artículos 760, segunda parte, y 762 del Código Civil. Conforme al primero, la cuota de cada uno delimita la cuantía de la erogación; de acuerdo con el segundo, se predetermina el carácter obligatorio de un tipo calificado de gasto (el de *conservación* de las cosas comunes).

La tipología de los gastos está organizada por la doctrina sobre tres grupos fundamentales: los *gastos necesarios*, los *gastos útiles* y los *gastos suntuarios* (o voluptuarios). La particularidad de cada uno, depende no sólo de la sujeción de cada partícipe a la contribución, con arreglo a la cuota correspondiente, sino, también, del deber jurídico de reembolsar las impensas adelantadas por cualquiera de ellos en provecho de los demás integrantes de la situación comunitaria.

Los apartados siguientes están ordenados al estudio del régimen de los gastos y de un tema lateral: la administración de las cosas comunes.

A) *Los gastos necesarios*

El índice calificador de la necesidad del gasto se localiza en el artículo 762, CC. y está trazado por la exigencia de conservar la cosa común para el destino que se le ha conferido. En el artículo 762, CC. destaca la posibilidad de dirigir una acción contra el patrimonio de los demás comuneros, por cualquiera de ellos, a objeto de recabar la fracción debida por éstos.

a) *La valoración de la necesidad del gasto*

A través de un criterio meramente descriptivo, el elemento caracterizador del gasto proviene de la previa fijación del destino de la cosa común. Según esto último, todas las impensas apuntadas a evitar el perecimiento de la cosa, o su deterioro, encuadrarían en el molde de los gastos necesarios. La doctrina añade a ellos las erogaciones, sin las cuales la cosa común dejaría de servir para los fines objetivamente impuestos por su utilización.

Ahora bien, la destinación económica que condiciona la fisonomía del gasto necesario, la imprime su propia naturaleza o la norma trazada por el constituyente de la comunidad o por los mismos copartícipes (en el reglamento de la comunidad).

En el estado actual de la legislación venezolana, la nota de obligatoriedad del gasto procede, de modo normal, de la fisonomía privativa del mismo. Con este aserto se enuncia uno de los caracteres más relevantes de tal especie de erogación: el desembolso hecho por un comunero no requiere el consenso de los demás participantes como requisito para la eficacia del reintegro, proporcionalmente a la cuota de cada comunero, luego de comprobada la necesidad.

b) *Medida de la contribución y derecho al reembolso*

La posibilidad de obligar coactivamente a los comuneros para que aporten la fracción de las erogaciones correspondientes a su respectiva cuota, según el artículo 762, CC., es necesariamente un derecho a la conducta ajena y correlativamente un deber jurídico a cargo de los copartícipes. La proporcionalidad entre el beneficio que la participación reporta a los comuneros y la obligación de contribuir con los gastos necesarios puede ser, sin embargo, alterada por la voluntad del causante de la comunidad o por el pacto de los comuneros. Pero esta alteración en las cargas (como en los beneficios) no involucra variación en el monto de la cuota.

Ubicada la posibilidad de adelantar los gastos calificados como necesarios por cualquier comunero, como una facultad de los partícipes, puede ser elaborado el siguiente cuadro de corolarios:

a') Los comuneros normalmente no están autorizados para asumir la iniciativa en los gastos necesarios, cuando el administrador de la comunidad tiene, dentro del radio de sus funciones específicas, la obligación de afrontarlos;

b') Si el administrador no asume la realización de los gastos necesarios, cualquiera de los copartícipes puede provocar un acto decisorio de los demás para revocar el mandato del incumpliente;

c') Si dentro de la esfera de atribuciones conferidas al administrador, no aparece la erogación de los gastos necesarios –ausencia de mandato en tal sentido–, cualquiera de los copartícipes puede avanzar las cantidades exigidas y pedir, luego, el reembolso, ex artículo 762, CC. La misma consecuencia podría predicarse en la hipótesis de que, por causas imprevistas que impidan su intervención, el administrador facultado no hiciera los desembolsos correspondientes.

La cabal interpretación del artículo 762 del CC. venezolano vendría, entonces, a quedar complementada por la inserción de una doble regla: a) Cualquiera de los copartícipes puede requerir, coactivamente, de los demás, la contribución para los gastos necesarios, si su conducta es subsumible dentro del tipo legal que prescribe una sanción patrimonial; b) Cualquiera de los comuneros puede exigir el reembolso, proporcionalmente a las cuotas respectivas, por lo que hubiere invertido en beneficio de la cosa común y por concepto de gastos revestidos con este calificativo, aunque tales erogaciones no hayan sido acordadas por la mayoría establecida en el artículo 764 del Código Civil, ni estén previstas en el reglamento de la comunidad, y siempre que el mismo reglamento no las circunscriba al elenco de deberes a cargo del administrador.

B) *Los gastos útiles*

Los gastos útiles, quedan catalogados dentro de las erogaciones requeridas para mejorar la cosa común o para recabar una mejor utilización de la misma, o para tornarla más productiva o valorizarla. En el derecho positivo venezolano, les está reservada una particular disciplina (Código Civil, artículos 763 y 764).

Los gastos útiles exceden el campo de la urgencia, lo cual excluye la acción *regresiva o de reembolso* (por las anticipaciones que haga un comunero sin el consentimiento de la mayoría calificada) que contempla el artículo 764.[9]

En el ordenamiento normativo venezolano, las innovaciones, reconstrucciones y gastos para el mejor disfrute de la cosa común se

9. *Cfr.* Salis, Lino: *La comunione*, UTET, Turín, 1939, p. 126.

hallan vinculados a una disciplina distinta de la asignada a los gastos necesarios. En ausencia de administrador, o frente a la negligencia de los copartícipes, cualquier comunero puede cubrir los *gastos necesarios* y dirigir contra los demás la acción regresiva destinada a provocar el reembolso. Tal resultante desaparece cuando la naturaleza del gasto incide en el cuadro de los *gastos útiles*. De este modo, si los gastos se traducen en *innovaciones* hechas por un comunero, sin autorización de los copartícipes, los demás disponen de las acciones encaminadas a hacerlas remover. Es aún concebible la aplicación del artículo 557 si las obras emprendidas o ejecutadas por un comunero se amoldan al concepto de accesiones.[10]

Por lo demás, el artículo 763 del Código Civil venezolano, no contiene una sanción específica que regule la situación del comunero que ha adelantado gastos con prescindencia de toda autorización. Dada esta hipótesis, se aplicaría a manera de consecuencia necesaria la respuesta antes ofrecida. Por el contrario, si las innovaciones (o accesiones) se ejecutan con el asentimiento, o por mandato expreso de los demás copartícipes, el reembolso procedería como resultante obligada de las normas rectoras del *mandato*.

Cuando las mejoras y gastos útiles han sido acordadas por la *mayoría calificada*, y alguno de los comuneros rehúsa contribuir con la suma proporcionada a su respectiva fracción, a favor del disidente quedarían abiertas dos posibilidades: a) Provocar la intervención de la autoridad judicial a objeto de que se adopten las medidas tendentes a proteger sus intereses (y siempre que el acuerdo resulte gravemente perjudicial a la cosa común, con lo cual el perjuicio sufrido en el patrimonio del comunero sería meramente reflejo); b) Pedir la partición. Si el acuerdo no es impugnado oportunamente, los demás comuneros podrán provocar contra el disidente el acto coactivo dirigido a recabar su contribución.

Los mayores escrúpulos de la doctrina tradicional, frente a la negativa del reembolso de cantidades adelantadas por concepto de *gastos útiles*, residen en el injustificado incremento patrimonial que recibirían los copartícipes. Tal postura condujo a la doctrina clásica hacia los dispositivos reguladores del *enriquecimiento sin causa*, para dar entrada a una indemnización a favor del "empobrecido". Pero esta respuesta no soporta un análisis científico riguroso. Se objeta, razonable-

10. Salis, Lino: *La comunione*, p. 127.

mente, que el mismo "empobrecido", obtuvo un provecho patrimonial con el mejoramiento o la modificación de la cosa común, lo cual obstruye la acción *in rem verso*.

C) *Los gastos "voluptuarios" (gastos suntuarios)*

Bajo este rubro caen las obras de ornato y, de modo genérico, los trabajos realizados en la cosa común y no requeridos para conservar su destinación ni para un mejor aprovechamiento del goce.

Dentro de la construcción actual del ordenamiento positivo venezolano, el concepto de obra voluptuaria encuadra forzadamente dentro del vocablo "innovaciones", incluido en el artículo 763 del Código Civil. De ser asimilado así, se podrían predicar consecuencias idénticas a las establecidas en la sección precedente para los gastos erogados con destino a tales obras.

Es evidente, entonces, que las sumas invertidas por cualquier comunero no pueden serles reconocidas ni son reembolsables.

D) *Administración de la cosa común*

La mayoría exigida por el artículo 764 del Código Civil (votos concurrentes de los comuneros que representen más de la mitad de los intereses), atañe a las deliberaciones relacionadas con la *administración y mejor disfrute* de la cosa común.

El ejercicio de la facultad de administrar conectada a los poderes que se reconocen a cada comunero, en proporción a su cuota, se halla limitado por la regla adoptada en el artículo mencionado. Por esta vía, el derecho a tomar parte *personalmente* en la administración, corresponderá a cada comunero, siempre que la mayoría calificada (ex artículo 764) no haya asumido una posición divergente. Para la minoría de parecer contrario –o si no se forma mayoría– subsiste aún la sanción predispuesta en la última parte de la norma.

Dentro de los actos comprendidos en el precepto citado, inciden los de "administración ordinaria" y, aquellos que no comportan *innovaciones ni disposición de la cosa común.*[11]

Por lo que respecta al *mejor disfrute*, las modificaciones autorizadas "son aquellas que atañen, sobre todo, al *modo* del goce en los límites fijados por el uso o por la naturaleza de la cosa"[12].

11. Salis, Lino: *La comunione*, pp. 140 y 141.
12. Salis, Lino: *La comunione*, pp. 145 y 146.

La intervención de la autoridad judicial, conforme se desprende del anterior orden de ideas, es materializable: a) Para decidir acerca de la administración o el mejor goce, cuando el desacuerdo entre copartícipes, impide la formación de la mayoría reclamada por el dispositivo técnico; b) Para evitar la ocurrencia de perjuicios graves para la *cosa común*, con motivo de la ejecución del acuerdo tomado por la mayoría.

La autoridad judicial está facultada para designar a un administrador, con determinación de sus poderes. Si el juez no circunscribe los poderes de que estará investido, el administrador ejecutará los actos que *no excedan de la administración ordinaria.* Es de advertir que la intervención –en la forma narrada– sólo se admite, cuando concurre un acto decisorio de la mayoría, si la minoría disidente estima que el acuerdo es gravemente perjudicial para la cosa común, circunstancia que será evidenciada en el debate probatorio.[13] En último término, la valoración de la gravedad del perjuicio fundante queda liberada a la soberana apreciación del juez del mérito.

115. LAS RELACIONES OBLIGACIONALES DE LOS COMUNEROS FRENTE A LOS EXTRAÑOS

Los nexos creados entre los comuneros y los sujetos extraños a la situación comunitaria dimanan, de modo predominante, de un dispositivo contractual y, en un menor grado, del ilícito civil.

En el primer sector cabe diferenciar dos peldaños, cada uno de lo cuales se distribuye en hipótesis particulares: las vinculaciones contractualmente forjadas entre uno de los partícipes y el extraño, y las relaciones, del mismo género, entre una pluralidad de partícipes y un extraño (o una pluralidad de extraños) a la situación comunitaria. El interés práctico de la resolución de estos conflictos, gravita sobre el núcleo patrimonial susceptible de satisfacer a los pretensores.

A) *Primera hipótesis*

La convención en la que intervino el comunero fue autorizado por el resto de los partícipes. En este caso, el comunero actuante obraría como mandatario y comprometería la responsabilidad de los copartí-

13. Salis, Lino: *Op. cit.*, p. 153.

cipes. La hipótesis se resolvería en la responsabilidad –no solidaria– de los comuneros (representados) frente al contratante.

B) *Segunda hipótesis*

El negocio jurídico –concluido en ausencia de mandato– aprovecha al resto de los integrantes de la comunidad. La doctrina dominante entiende comprometida únicamente la responsabilidad del comunero que ha intervenido en la conclusión del negocio. Visto desde otro ángulo: quien ha contratado con un comunero únicamente, tiene frente a sí un sujeto pasivo contra el que podrá demandar la aplicación de la sanción, en caso de incumplimiento (responsabilidad individual del contratante).

La creación de relaciones jurídicas puede afectar, también, a la totalidad de los comuneros o a un sector plural de los mismos. La relación creada vincularía, por tanto, al extraño con un número más o menos denso de obligados o de pretensores cuya conducta queda comprometida a la realización de una prestación, y quienes pueden exigir, correlativamente, la ejecución del contenido de la relación obligacional y del deber jurídico a cargo del cocontratante extraño.

Ante el aparente vacío de normas que se observa en el derecho positivo venezolano, es necesario adoptar arbitrios interpretativos semejantes a los utilizados con anterioridad. La autonomía privada ofrece la posibilidad de dotar de contenido preciso las vinculaciones contractuales. No reconociéndose a la comunidad, personalidad jurídica diversa de sus componentes individualmente considerados, sería ineficaz todo intento de imputarle las consecuencias desfavorables de cualquier incumplimiento, y de ejercitar actos de ejecución sobre bienes adscritos a un patrimonio diferente del de éstos.

No resulta válido cualquier procedimiento que tienda a solucionar las dificultades oriundas de la existencia de una pluralidad de obligados, a través del recurso a la *solidaridad pasiva*. Las obligaciones creadas por obra del negocio jurídico son obligaciones "parciarias", salvo que la solidaridad se estipule expresamente, o que se trate de obligaciones indivisibles. Por inferencia lógica, el acreedor no podría dirigirse contra el comunero que estime más solvente o más apto para cumplir la totalidad de la prestación, con prescindencia de los otros copartícipes vinculados.

El aserto anterior deja margen para el examen de la proporción del deber de responder a cargo de cada obligado. Estructurado el negocio jurídico sin expresión de cuotas, la responsabilidad de los deudores queda comprometida por partes idénticas.

116. TRASLACIÓN Y EXTINCIÓN DEL DEBER DE CONTRIBUIR CON LOS GASTOS

A) *La renuncia liberatoria y el problema de la asunción de obligaciones*

El carácter típico *propter rem* de las obligaciones a que se hallan sujetos los copartícipes de una comunidad de derechos reales, fundamenta la eficacia liberatoria de cualquiera de ellos como efecto de la renuncia (abandono) del derecho, o de la fracción que le corresponda en la comunidad.

La abdicación de la cuota constituye un *negocio jurídico unilateral y de disposición,* que presupone la concurrencia de los elementos susceptibles de dotar de eficacia la enajenación de los bienes propios. La doctrina más frecuente, y los sistemas normativos, catalogan la renuncia a la cuota como un instrumento eficaz para liberar de la obligación de contribuir con los gastos necesarios (Código Civil mexicano, art. 944; Código Civil argentino, art. 2.685; Código Civil italiano de 1942, art. 1.104; Código Civil portugués de 1966, art. 1.411; Código Civil venezolano, art. 762). La validez del abandono no está subordinada ni al consenso de los demás copartícipes ni a su aceptación.

La conformación de la norma contenida en el artículo 762 del Código Civil venezolano reduce la esfera del negocio abdicativo a las hipótesis de *gastos necesarios*. Tal proposición excluye similar fórmula liberatoria para los *gastos útiles* acordados por la mayoría descrita en el artículo 764 del Código. La divergencia de la minoría respecto a los acuerdos del resto de los copartícipes se dirime, aquí, mediante la intervención del organismo jurisdiccional, con arreglo al esquema enunciado con anterioridad (*supra*, N.° 114, D.).

La liberación del deber de contribuir con los gastos no se verifica, sin embargo:

a) Cuando el comunero disidente ha aprobado dichos gastos. La obligación (real) se transforma en personal, siempre que se evidencie la voluntad del copartícipe de obligarse personalmente.[14]

14. Salis, aunque en tono dubitativo, considera que el simple hecho de aprobar el gasto dirigido a la reparación o conservación de la cosa común no parece suficiente para engendrar la mutación (*La comunione*, p. 185).

b) Cuando, por convenio, los comuneros han renunciado a la facultad de abdicar como fórmula para la liberación. El pacto entre los partícipes, que vede este modo de obtener la extinción del deber, generaría un vínculo meramente obligacional (personal), creador del deber de satisfacer el gasto a través de la vía de la contribución directa. No obstante, la vigencia de este pacto no debe forjar la falsa imagen de un ligamen que no permita al comunero *abandonar* su cuota. La renuncia a la cuota resultaría plenamente eficaz, pero el acto no descargaría al comunero de la obligación que, por concepto de gastos, gravita sobre él.

Es evidente que tampoco producirá efectos la renuncia con relación al resarcimiento de los daños, que el hecho (ilícito) del comunero hayan causado a la cosa común.

Por aplicación del articulado correspondiente a la publicidad registral (art. 1.920, ordinales 1 y 3, en especial), la renuncia de la cuota sobre *bienes inmuebles* está sometida al acto escrito y a la transcripción instrumental, como condición para su función liberatoria y para su oponibilidad frente a terceros que hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre la cosa (Código Civil, art. 1.924). Tal formalidad no es exigible –por contraste– en caso de renuncia a la cuota sobre muebles, aunque en ambas hipótesis la renuncia ha de ser *expresa*.

B) *Las resultantes del acto abdicativo*

Las consecuencias directas e inmediatas del acto abdicativo, se proyectan tanto en la pérdida de la cualidad de comunero del abdicante como en la transferencia de la cuota renunciada a los copartícipes, proporcionalmente a sus respectivas participaciones. La doctrina atribuye este efecto a una manifestación del *ius acrescendi*, la cual genera la adquisición *ipso iure* de la cuota por los partícipes no abdicantes. Técnicamente, la renuncia no provoca una sucesión en la cuota sino la *absorción* del derecho renunciado.

En teoría se suele especular sobre el carácter revocable, o irrevocable, de la renuncia. La opinión generalmente admitida, adjudica al acto abdicativo una función satisfactoria de los copartícipes, quienes adoptan la posición de acreedores reales del renunciante. Si al lado de esta postura se sitúa el carácter unilateral del acto, la renuncia llegaría a tornarse irrevocable, desde el momento en que se notifique a los demás comuneros.

C) *La transferencia de la cuota y la problemática de la liberación*

En estrecha conexión con las cuestiones examinadas en el parágrafo anterior, se halla el de la eficacia extintiva de las obligaciones *propter rem*, por efecto de la transmisión contractual de la cuota. Cuando la transmisión patrimonial resulta de un negocio calificado (venta o dación en pago), se antepone una construcción condicional de la eficacia del acto que es menester resolver de modo previo. El comunero que pretenda vender su derecho en la comunidad o darlo en pago de obligaciones contraídas, tiene a su cargo el deber de ofrecerlo, en igualdad de condiciones, a los demás comuneros (derecho de tanteo, o *derecho al tanto, veáse supra*, primera parte de este mismo tema). La conducta contraria al deber descrito configura la condición a la que se vincula el retracto legal entre comuneros (CC., art. 1.546).

Por sobre la cuestión mencionada, se plantea el análisis de la repercusión patrimonial que para el cedente produce la sustitución por un adquirente extraño. El sucesor a título particular de un comunero, ocupa una posición determinada en la relación obligacional *propter rem* vigente en el momento de verificarse la sustitución subjetiva, que traslada al adquirente el deber de contribuir con los gastos. Pero en el derecho civil venezolano, la solidaridad entre el causante y el sucesor a título particular no se presume (CC., arg. art. 1.223). Existe sólo si una norma contractual o la ley estatuyen la solidaridad. En ausencia de ello, el elemento solutivo del problema radica en la categoría real del deber asumido por el causante y a la estrecha conexión del mismo con la cuota. Transferida al sucesor a título particular, que ingresa como sujeto pasivo de un complejo obligacional *propter rem*, la parte cualitativamente idéntica arrastraría consigo el deber de contribuir con los gastos necesarios, lo que de por sí significa la liberación del enajenante. Consecuencia diversa debe derivar en la hipótesis de aprobación *anticipada* del gasto por el cedente (o de haberse declarado deudor), manifestación que –para la doctrina dominante– tiene la virtud de producir la mutación de la obligación real en obligación "personal".

Capítulo XVI
Propiedad horizontal. La multipropiedad y el tiempo compartido

117. ORDENAMIENTO NORMATIVO VIGENTE

La disciplina de la propiedad horizontal en Venezuela se halla actualmente regida por la Ley de Propiedad Horizontal, de 17 de agosto de 1983. El texto legal contiene un numeroso grupo de normas supletorias que dejan margen suficiente a los particulares para dictar el régimen organizativo de la propiedad de pisos o apartamentos de un mismo inmueble, pero sustrae de la autonomía privada, a la vez, determinadas materias que permanecen inderogables por mandato mismo de la Ley.

118. ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS FUENTES

El artículo 1.° de la Ley de Propiedad Horizontal, establece el escalonamiento de las fuentes rectoras de esta materia en la forma siguiente:

A) Los dispositivos técnicos de la Ley Especial;

B) Las normas del Código Civil en cuanto no se opongan a las anteriores (carácter supletorio del articulado del Código Civil referente a la comunidad y a la elemental consagración de la propiedad de pisos o apartamentos de un mismo inmueble),[1]

La comprensión integral de los diversos peldaños, da margen para anteponer a los dos receptáculos anteriores –por delegación expresa de la propia Ley– las normas contractualmente creadas, por conducto del documento de condominio o de los acuerdos adoptados en las asambleas de propietarios.

119. OBJETO

El artículo 1° de la Ley enuncia el ámbito material específico de la propiedad horizontal. Por una parte, el edificio; por la otra, los apartamentos o locales del inmueble.

El objeto primordial de la Ley, reside en la ordenación de los distintos intereses que afectan a los propietarios de las diversas viviendas y locales que estructuralmente constituyen un todo. El artículo 1° define los apartamentos, a los efectos allí previstos, como: a) las construcciones *independientes* que tengan salida a la vía pública; b) directamente o a través de un espacio común. Es indiferente que las construcciones ocupen todo un piso, o parte de él, o más de un piso.[2]

120. COSAS O PARTES COMUNES

A) *Cosas comunes a todos los apartamentos*

En principio la Ley de Propiedad Horizontal (art. 5°), determina las cosas que se estiman comunes a todos los apartamentos. Es de advertir, no obstante, la indiscutible influencia que, en la calificación, ejercen las disposiciones consagradas en el documento de condominio. Así,

1. Goldschmidt, Roberto: *La ley venezolana de propiedad horizontal de 1958*, p. 95, en los arts. 697 y 698).
2. Vegas Rolando, Nicolás: *La propiedad por departamentos*, pp. 76 y 77. De interés, para el análisis de los conceptos de piso, apartamentos y locales, v., Aguilar Gorrondona, José Luis: *Cosas, bienes y derechos reales*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989, pp. 255 y 256.

a modo de ejemplo, son comunes a todos los apartamentos "los maleteros y depósitos en general *que sean declarados como tales*" en el citado instrumento (LPH, art. 5, literal j), norma que deja margen suficiente para la asignación de maleteros o depósitos a un apartamento (o a un grupo de apartamentos) de modo exclusivo.

Abandonada la presunción *(iuris tantum)* que presidía la Ley de 1958, el texto actualmente en vigencia, ubica dentro del rango en estudio "la totalidad del terreno que sirvió de base para la obtención del correspondiente permiso de construcción" así como los "cimientos, paredes maestras, estructuras", "escaleras, ascensores, locales destinados a la administración, vigilancia o alojamiento de porteros o encargados del inmueble...", en síntesis, un abultado conjunto de dependencias que, por su naturaleza tienden a apuntalar el régimen organizado por la ley especial.[3]

B) *Cosas comunes a determinados apartamentos*

La redacción del artículo 5° de la Ley de Propiedad Horizontal, permite afirmar la decisiva influencia de la reglamentación que el documento de condominio establece, para lograr una exacta ubicación de las partes del edificio que son comunes sólo a determinados apartamentos. Por esta vía, el documento en cuestión puede asignar uno o más maleteros o depósitos a un apartamento o local, o a varios apartamentos o locales (LPH, art. 5°, literal j). Tal afirmación llevaría a declarar que el propietario del piso o apartamento, es dueño exclusivo de la correspondiente unidad ambiental y copropietario del maletero asignado.

121. COSAS O PARTES PRIVATIVAS

En principio, las normas recogidas en la vigente Ley de Propiedad Horizontal, conducen a localizar las partes consideradas privativas en la descripción que practique el documento de condominio. No obstante, en algunos casos, el texto positivo permite otorgar ese calificativo por su vinculación al apartamento o local, por la misma índole de las cosas de que se trata, por ejemplo, las dependencias, habitaciones in-

3. Aguilar Gorrondona, José Luis (*Cosas, bienes y derechos reales*, p. 262) ha destacado los problemas que surgen con motivo de la exacta determinación de las "cosas comunes", dada la penetración de las reglas incorporadas en el documento de condominio.

teriores y sus instalaciones. En todo caso, es obvio que la actuación del propietario o de las personas por quienes debe responder, no debe proyectar daños a los demás propietarios. Al disfrute de la correspondiente unidad ambiental, la Ley conecta restricciones que, por sí mismas, tienen su raíz en el sistema impuesto por la vida en comunidad (v, la enumeración instaurada en el art. 3 LPH). Corolario obligado es, por tanto, el deber de mantenimiento, reparación y conservación ínsito al uso y disfrute del apartamento o local.

Destaca el hecho de que la Ley en examen, incluye las azoteas, patios o jardines "provistos de acceso a través de un apartamento o local" en el ámbito del *uso exclusivo* de la respectiva unidad (LPH, art. 5°, literal e); y el peculiar tratamiento impartido a los puestos de estacionamiento. Motivaciones de corte marcadamente social (aprovechamiento racional de áreas para aparcamiento de vehículos, prácticas abusivas, etc.) condicionaron un derecho regulador de los puestos de estacionamiento (Decreto N° 8.140 de febrero de 1979) cuya esfera espacial de validez gravita casi por entero sobre edificaciones localizables en la zona metropolitana. Pero –ya al margen de esta última acotación– la Ley de Propiedad Horizontal, remite la utilización compartida, o singularizada en su caso, a los preceptos del documento de condominio. Este instrumento ha de designar, por lo menos, un puesto de estacionamiento a cada uno de los apartamentos o locales. Dada esta hipótesis, el puesto de estacionamiento quedará vinculado al apartamento o local correspondiente y no podrá ser objeto de enajenación o gravamen independientemente de la unidad ambiental. Dicho en otros términos, queda vedada la posibilidad de desligar, mediante negocios jurídicos, el puesto de estacionamiento de manera aislada. Es necesario señalar, sin embargo, que la enajenación o gravámenes de puestos de estacionamiento que no están sujetos a la disciplina descrita, resultan admisibles *preferentemente* a favor de los propietarios, pero no se da cabida a tales operaciones jurídicas a *terceros* extraños a los copropietarios sin el voto favorable del setenta y cinco por ciento (75%) de ellos. En todos los casos, tales espacios "siempre deberán ser utilizados como puestos de estacionamiento" (LPH, art. 5°, literal i).

122. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PROPIETARIOS

A) *Derechos sobre las partes comunes*

Los derechos de los propietarios sobre las cosas comunes, son inherentes a la titularidad que ostentan sobre el respectivo local o apartamento, se mensuran conforme a la cuota de participación (porcentaje), que determine el documento de condominio y están comprendidos en los negocios traslativos del dominio (por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa)* o constitutivos de gravámenes sobre el bien (LPH, art. 6°, conc. art. 2).

Cada propietario podrá servirse de las cosas comunes, según su destino ordinario y sin perjuicio de los derechos correlativos de los demás titulares, a no ser que la Ley autorice una facultad exclusiva de uso a un apartamento o local o a determinados apartamentos o locales.

En el campo específico del porcentaje que asigne el documento de condominio, y el cual está representado por una cuota calculada con relación a la totalidad del valor del inmueble y referida "a centésimas del mismo", tal índice no experimenta alteraciones como consecuencia de las mejoras, o de los menoscabos, que soporten los apartamentos (o locales), ni incide sobre el precio que el propietario fije en los actos negociales que realice con posterioridad a la adquisición de la unidad ambiental. Únicamente se admite la variación de la cuota por acuerdo unánime de los propietarios (LPH, art. 7).

B) *Derechos sobre las partes privativas*

Cada propietario es titular de un *derecho exclusivo sobre su local o apartamento.*

Puede enajenar, gravar y efectuar, en principio, cualquiera de los actos normalmente atribuidos al propietario singular, entre los cuales el uso y disfrute de la unidad ambiental, con las limitaciones que supone el régimen construido por la ley especial en examen (*v.*, LPH, arts. 2 y 3).

Resulta oportuno recalcar que los actos de disposición y gravamen comprometen la fracción (cuota) que le es asignada con relación a las cosas comunes.

Sin embargo, el *derecho de preferencia*, reconocido a los copartícipes en el régimen de la comunidad ordinaria (*retro*, Cap. XV, Nº 108, A) no opera en el marco de la propiedad horizontal (LPH, art. 2).

C) Obligaciones de los propietarios en razón de las cosas comunes

a) *Gastos comunes.* El deber de aportar las contribuciones en razón de los gastos comunes, es cuantificable conforme al porcentaje (cuota de participación) asignado al apartamento o local (LPH, arts. 11 y 12).

b) *Determinación de los gastos comunes.* El artículo 11 de la ley especial, suministra un criterio rector para delinear los gastos que deben soportar todos los propietarios o un número determinado de ellos. De este modo se ubican en el rango de los "gastos comunes" los declarados como tales por la Ley o por el *documento de condominio*; los causados por la administración, conservación, reparación o reposición de las cosas comunes, y los acordados como tales por el setenta y cinco por ciento (75%), por lo menos, de los propietarios.

Especial mención ofrece el tratamiento aplicable a los gastos generados por bienes comunes, cuyo uso ha sido conferido exclusivamente a un apartamento. Dado este supuesto, el propietario de dicho apartamento asumirá la totalidad de los gastos de mantenimiento "así como las reparaciones menores que requieran y las mayores cuya necesidad se deba a no haberse efectuado oportunamente las reparaciones menores" (LPH, art. 12).

c) *Transmisión del deber de contribuir con los gastos comunes.* Como obligación *propter rem* la traslación de las obligaciones por gastos comunes se adhiere, también, a la transmisión del apartamento. El adquirente, en consecuencia, asume el deber de aportar las sumas que le correspondía erogar al causante, aun cuando se tratare de gastos causados antes de la adquisición. Ello no impide que pueda exigirse la contribución al enajenante constituido en mora, antes de producirse la enajenación (LPH, art. 13). El adquirente puede reclamar al enajenante, el reembolso de las sumas que hubiere erogado en virtud de la aplicación del dispositivo mencionado, a menos que, expresamente, se le hubiere exonerado de esta responsabilidad.

d) *Liberación del deber de contribuir.* Los propietarios vinculados en razón de los gastos comunes pueden liberarse del deber de contribuir, mediante el mecanismo del abandono de su respectivo apartamento a favor de los propietarios restantes (abandono liberatorio típico de la obligación *propter rem*).

El apartamento abandonado se hará *común* de los propietarios a cuyos patrimonios se integra, en proporción a los porcentajes que les correspondan sobre los bienes comunes a *todos los apartamentos* (LPH, art. 12). Ahora bien, los efectos vinculados al abandono, únicamente cobran vigencia, siempre que la decisión del interesado conste en documento registrado y se practique la notificación correspondiente al administrador del condominio, acompañada del instrumento donde conste el abandono (LPH, art. 12, *in fine*), para que el acto surta eficacia frente a la comunidad.

La situación comunitaria así generada por el acto abdicativo, está sometida a la disciplina trazada por una parte, en los artículos 759 y siguientes del Código Civil y por otra, al régimen que en materia de bienes comunes establece la Ley de Propiedad Horizontal y el documento de condominio.

e) *Mejoras.* Por lo regular, la doctrina entiende por mejoras las obras destinadas a valorizar el inmueble o a lograr un mejor aprovechamiento del mismo. En el cuadro trazado por las cosas comunes, las mejoras sólo podrán ser efectuadas mediante acuerdo del setenta y cinco por ciento (75%) de los propietarios, pero son pasibles de suspensión por la *autoridad judicial*, a solicitud de uno o más propietarios: a) Cuando contravengan los preceptos recogidos en la Ley o en el documento de condominio; b) Cuando fueren perjudiciales a la seguridad, solidez o condiciones ambientales del inmueble; c) Cuando su costo no esté debidamente justificado; d) Cuando modifiquen sustancialmente el aspecto arquitectónico del edificio; e) Cuando lesionen cualquiera de los derechos de uno o de más propietarios. Las reclamaciones serán tramitadas con sujeción al procedimiento rector del interdicto de obra nueva (LPH art. 9, conc. art. 785 del Código Civil y arts. 714 y siguientes del Código de Procedimiento Civil). La construcción de nuevos pisos, sótanos, o la realización de "actos que afecten la conservación y estética del inmueble" reclama el consentimiento unánime de los propietarios, siempre que se logre el permiso de las autoridades competentes (LPH, art. 10).

f) *Exigibilidad de las contribuciones.* Las erogaciones requeridas para satisfacer los gastos (comunes) podrán ser exigidas por el administrador, o por el propietario que hubiera adelantado cantidades correspondientes a otro propietario. Contra el propietario moroso, harán fe las actas de las asambleas inscritas en el libro de acuerdos de los propietarios y los acuerdos insertados por el administrador en ese libro siempre que los cobros estén justificados por los comprobantes a que alude la Ley de Propiedad Horizontal. La norma contenida en el artículo 14 LPH, dota de *fuerza ejecutiva* a las liquidaciones o planillas pasadas por el administrador a los propietarios "respecto a las cuotas correspondientes a los gastos comunes".

Por lo demás, los créditos provenientes de gastos a cargo de los propietarios, gozan de *privilegio* sobre todos los bienes del deudor, en la categoría prevista en el artículo 15 de la LPH, que reenvía a la norma contenida en el artículo 1.871 del Código Civil.

123. CONSTITUCIÓN DEL CONDOMINIO

A) *Formalidades constitutivas*

a) *Registro del documento de condominio*

Con anterioridad a la enajenación de cualquiera de los locales o apartamentos de un edificio, el propietario o los propietarios del inmueble declararán por documento protocolizado en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente, su voluntad de destinarlo a ser enajenado conforme al régimen que organiza el sistema consagrado en la ley especial. El documento de condominio contendrá, entre otras menciones: la descripción de los títulos inmediatos de adquisición; los pisos y dependencias de que consta y la especificación de los linderos de los apartamentos y locales; el valor dado al edificio y el que se atribuye a cada uno de los apartamentos, locales y las partes susceptibles de enajenación separada, fijándose de acuerdo con estos valores el porcentaje (cuota de participación) atribuido a los propietarios sobre las cosas comunes y la proporción cuantitativa de sus derechos y obligaciones (*v.*, para un conocimiento más detallado, LPH, art. 26).

Se agregará al registro un ejemplar del *Reglamento de Condominio* "el cual será de obligatorio cumplimiento", y contendrá esencialmente un elenco de las reglas orientadas a ordenar las relaciones internas que interesan de modo especial y directo a los propietarios.

b) *Planos explicativos*

La Ley de Propiedad Horizontal impone acompañar al documento de condominio –con destino al cuaderno de comprobantes– "*los planos arquitectónicos* debidamente aprobados por los organismos correspondientes, los de sus dependencias e instalaciones y, en su caso, de sus modificaciones esenciales donde deben estar demarcadas claramente las áreas comunes" (LPH, art. 26).

La Ley instaura una auténtica forma de "adhesión forzosa", a cargo de los adquirentes de locales y apartamentos y a los titulares de gravámenes constituidos sobre éstos. En efecto, el artículos 26, aparte final, declara reproducidas en los documentos de enajenación o gravamen "de cualquier apartamento, local, estacionamiento, depósito o maletero", las especificaciones insertas en el documento de condominio y en los planos. Asimismo, las disposiciones del documento mencionado y sus modificaciones "producirán efecto incluso frente a los causahabientes de los otorgantes por cualquier título" (LPH, art. 30).

B) *Sanciones conectadas al incumplimiento de las obligaciones relativas a las formalidades constitutivas*

La Ley de Propiedad Horizontal (art. 32) prohíbe el registro de documentos que versen sobre la propiedad, o constitutivos de cualquier otro derecho sobre un apartamento, si no hubiere sido protocolizado el documento de condominio y anexados al cuaderno de comprobantes, los planos arquitectónicos correspondientes al inmueble. Además, ningún apartamento podrá ser objeto de enajenación en ausencia de los permisos de habitalidad. El registro de documentos efectuado al margen de tales exigencias, acarrea sanción de multa hasta de cien mil bolívares (Bs. 100.000), aplicable al registrador (LPH, art. 42, conc. art. 26). Incide igualmente sobre los registradores subalternos, jueces y notarios la prohibición de protocolizar, autenticar o reconocer los documentos de enajenación, gravamen, arrendamiento o cualquier otra clase de negociación que tengan por objeto *cosas comunes* localizables, en el área de un edificio destinado a ser vendido en propiedad horizontal. Aparte de ser, *nulas* de pleno derecho, las convenciones celebradas en contravención al precepto inserto en el artículo 31 LPH, los funcionarios a quienes apunta esta norma serán objeto de multa de diez mil a cien mil bolívares con arreglo a la Ley de Registro Público (LPH, art. 43, conc. art. 31).

C) *Enajenación de apartamentos o locales en edificios hipotecados*

El estudio singularizado de este sector justifica un doble señalamiento:

a) Si el inmueble a enajenar mediante el mecanismo instaurado por la ley especial estuviere gravado con hipoteca, no se protocolizará el documento de condominio a menos que conste en *forma auténtica* el consentimiento del acreedor hipotecario. El proceder contrario a esta exigencia, genera sanciones aplicables tanto al deudor hipotecario (prisión de cinco a veinte meses a instancia del acreedor hipotecario) como al registrador (multa hasta de cien mil bolívares) (LPH, arts. 41 y 42).

b) Aspecto de especial relevancia –y cumplidas las formalidades constitutivas– lo constituye la enajenación de apartamentos correspondientes a un inmueble hipotecado. El acto negocial traslativo produce de *pleno derecho* la división de la hipoteca: a') Por lo que se refiere al *objeto;* b') Por lo que atañe a la *persona del deudor.* En efecto, el artículo 38 de la LPH consagra una derogación al principio de la *indivisibilidad* de la garantía real hipotecaria, establecido en el derecho común (Código Civil, art. 1.877).

Así, el adquirente asume una obligación frente al acreedor hipotecario cuyo monto lo determina el porcentaje (cuota de participación) que, conforme al documento de condominio se adjudica a cada apartamento (LPH, art. 7). En realidad, en la práctica coexistirían dos acreedores hipotecarios: aquel a quien directamente alude el artículo 38 de la LPH y el otro, el enajenante que puede contar con garantía (hipoteca legal) sobre el apartamento enajenado, por la parte del precio que quedare a deber el comprador, por aplicación del artículo 1.885 del Código Civil.

En el documento de enajenación se indicará el monto de la hipoteca con que queda gravado el apartamento y la parte del precio que deba satisfacer el adquirente al enajenante, "después de deducido de dicho precio lo que le corresponda a su parte proporcional en el monto de la hipoteca" (LPH, art. 38, segunda parte). De este modo, en la hipótesis de división del precio en cuotas a satisfacer por el comprador, una parte de esta cuota será aplicada a la amortización de la obligación hipotecaria y el remanente, a la satisfacción del crédito que ostenta el enajenante.

En virtud de la norma contenida en el artículo 38, la insolvencia de los demás dueños de pisos o apartamentos, no perjudica el patrimonio del adquirente que hubiere cumplido en cuanto a los pagos establecidos en el documento de enajenación.

La regla positiva prevé que sólo por la parte del precio que ha de pagarse al enajenante, podrán librarse letras de cambio u otros documentos negociables. Salvo pacto en contrario, los pagos que deban ser hechos al enajenante y al acreedor hipotecario, se realizarán por intermedio del administrador.

F) *Venta de apartamentos mediante cuotas. Los alcances de la llamada "cláusula resolutoria expresa"*

La Ley de Propiedad Horizontal priva de eficacia a las estipulaciones incorporadas a la venta de apartamentos por cuotas, las cuales prevean la resolución del contrato o la pérdida del beneficio del término, por la falta de pago de una o más fracciones en que se hubiere dividido el precio, sino después de transcurridos cuarenta y cinco días a contar de la fecha de vencimiento de la primera cuota insoluta. Esta regla descarta, en consecuencia, los efectos que normalmente emanarían de la aplicación estricta a que conduce la llamada "cláusula resolutoria expresa", en el sentido que se le otorga en otros negocios jurídicos.

Por otra parte, resuelto el contrato de venta a plazos de apartamentos –por cualquier causa– el vendedor se halla facultado para exigir una justa compensación por el uso del apartamento equivalente al monto del *interés legal* sobre el precio determinado por las partes en el contrato resuelto, y el resarcimiento de daños y perjuicios si hubiere lugar a ello. El convenio conforme al cual las cuotas pagadas quedarán a beneficio del vendedor, a título de indemnización, puede ser moderado por el juez. Este último se halla autorizado legalmente para reducir la indemnización concretada, si el comprador ha pagado ya más de una cuarta parte del precio total del apartamento (LPH, art. 36).

124. MODIFICACIÓN DEL DOCUMENTO DE CONDOMINIO

Las modificaciones que se introduzcan al documento de condominio, requieren la unanimidad de los propietarios con las formalidades que la Ley exige para su elaboración, y quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros, con anterioridad a la modificación (LPH, art. 29).

125. ENAJENACIÓN DE APARTAMENTOS

Conforme al anterior orden de ideas, no podrá registrarse ningún tipo de documento de enajenación de pisos o apartamentos, si no se han cumplido las formalidades relativas a los planos explicativos, al documento de condominio y demás instrumentos a que se contrae el artículo 26 de la LPH.

A) *Menciones de los instrumentos de enajenación*

Además de los datos referentes a la ubicación, área del apartamento y demás elementos de identificación, los instrumentos de enajenación deben contener las menciones correspondientes al documento de condominio, y el porcentaje que represente el valor atribuido al apartamento con relación al fijado a la totalidad del inmueble.

B) *Nulidad relativa de las ventas con cláusula de pago anticipado del precio*

En los distintos textos positivos que han regido la materia en Venezuela, se observa una constante: la anulabilidad (nulidad relativa) a los contratos de enajenación de apartamentos (y locales), a solicitud del adquirente, cuando éste contrae la obligación de pagar todo o parte del precio antes del otorgamiento del documento registrado. Igual sanción opera a las estipulaciones que obliguen al comprador por conducto de letras de cambio u otros documentos negociables, con antelación al registro (LPH, art. 34). A esta resultante se suma otra sanción privativa de libertad (prisión de 5 a 20 meses), aplicable al enajenante a instancia del adquirente (LPH, art. 44).

Sin embargo, las sanciones descritas soportan derogación parcial, cuando se materializan las excepciones recogidas en el parágrafo único del artículo 34, con el evidente propósito de fomentar la construcción de edificaciones destinadas a ser incorporadas al mercado de la propiedad horizontal, amparando, lateralmente, los intereses patrimoniales de los adquirentes. En este orden de ideas "se podrá recibir todo o parte del precio o el adquirente se podrá obligar por letras de cambio u otros documentos negociables, antes de que se otorgue el correspondiente documento registrado de enajenación, y aún cuando el inmueble esté hipotecado, únicamente si se cumple *cualquiera* de los requisitos siguientes:

a) Que quien recibe todo o parte del precio en dinero o en instrumentos negociables, sea el propietario del terreno donde el edificio se va a construir y que destine dichos fondos a financiar la construcción;

b) Que se haya otorgado el documento de condominio correspondiente o se hayan obtenido los permisos de construcción respectivos;

c) Que el propietario del inmueble en los términos que establezca el documento, constituya garantía fiduciaria para responder de la devolución de las cantidades recibidas y los daños y perjuicios que su incumplimiento pudiera ocasionar".

Las *arras* dadas con arreglo a la norma inserta en el artículo 1263 del Código Civil, "no podrán exceder del porcentaje del precio del apartamento objeto de la negociación que fije el Reglamento", siempre que se observe el cumplimiento de los requisitos antes enunciados. "El propietario debe fijar un plazo para cumplir su obligación de transferir la propiedad de lo vendido";

d) Que quien recibe todo o parte del inmueble, objeto del contrato, en dinero o en instrumentos negociables, pague al adquirente intereses a las tasas corrientes en el mercado inmobiliario institucional, sobre las cantidades recibidas.[4]

126. ADMINISTRACIÓN

A) *Funciones y responsabilidad del administrador*

En principio, la administración de los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal corresponde a la Asamblea General de Copropietarios, a la Junta de Condominio y al Administrador. Por lo regular, es a este último a quien se confía las funciones propias de ese cargo y, en la mayoría de los casos, es nombrado inicialmente por el enajenante de los apartamentos y locales que integran el edificio. De ser así, el administrador puede ser reelegido o revocado por la Asam-

4. Para un comentario crítico sobre la configuración de las figuras delictivas y su penalidad, establecidas en las normas contenidas en la ley, v., Aguilar Gorrondona, José Luis: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal de 1978*, Edit. Sucre, Caracas, 1979, pp. 133 y 134.

blea de Copropietarios en la oportunidad de la designación de la Junta de Condominio (LPH, art. 19, *in fine*).

En todo caso, el administrador será una persona natural o jurídica, designada por la Asamblea de Copropietarios, por mayoría de votos, durará un año en sus funciones y podrá ser reelecto por períodos sucesivos. La designación es revocable en cualquier momento. A falta de nombramiento, el Juez de Distrito o Departamento, a solicitud de uno cualquiera de los copropietarios, está autorizado para efectuar la designación que, preferentemente, recaerá en uno de los propietarios (LPH, art. 19, primera parte).

a) *Responsabilidad*

La responsabilidad del administrador está regida por las normas relativas al mandato. El administrador deberá prestar *garantía* suficiente a juicio de la Asamblea de Copropietarios y, así mismo, si tuvieran interés en ella, del enajenante de los apartamentos y del acreedor hipotecario (LPH, art. 19, tercera parte).

b) *Atribuciones del administrador*

El artículo 20 de la Ley describe un abultado número de las funciones que ha de cumplir el Administrador, y que se hallan estrechamente ligadas al núcleo de intereses de los propietarios. Entre otras, el administrador ejerce la representación en juicio de los propietarios, en los asuntos concernientes a la administración de las cosas comunes, autorizado para ello por la Junta de Condominio, y de acuerdo con lo establecido en el respectivo documento (v., LPH, art. 20, literal e).

c) *Ausencia del administrador o negligencia en el cumplimiento de sus funciones*

Verificado este supuesto, cualquiera de los propietarios está facultado para ejecutar por sí solo, los actos de conservación y administración que sean de urgente necesidad. Tiene derecho al reembolso de las cantidades que, por tal gestión, erogue con sujeción a lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley.

B) *Asambleas de propietarios*

La estructura y funcionamiento de las asambleas de propietarios son, por lo regular, determinados en el documento de condominio. A este mismo instrumento se delega lo referente a su constitución.

Las normas de la Ley de Propiedad Horizontal concernientes a la forma de efectuar las consultas, convocatorias, al quórum, a la validez de las deliberaciones y mayorías requeridas para hacer obligatorios los acuerdos (LPH, art. 23 y ss.), tienen carácter supletorio.

Ahora bien, cualquiera de los propietarios podrá impugnar ante el juez los acuerdos adoptados por la mayoría, en violación de la Ley o del documento de condominio, o por abuso de derecho. El recurso de impugnación deberá intentarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la asamblea correspondiente, o de la comunicación realizada por el administrador; si el acuerdo fuere tomado fuera de las asambleas, si el recurrente no hubiere sido convocado a la asamblea o si no se le hubiere participado el acuerdo, el lapso se contará a partir del momento en que se haya tenido conocimiento de la decisión. Aunque el recurso no suspende la ejecución del acuerdo adoptado, el juez puede decretar dicha suspensión provisionalmente, a solicitud de parte interesada, tomando las precauciones necesarias. (LPH, art. 25).

Versando el acuerdo sobre *mejoras*, se aplicará la norma contenida en el artículo 9 de la Ley.

127. EXTINCIÓN DEL CONDOMINIO

La situación creada por la Ley de Propiedad Horizontal, puede cesar:

a) Por destrucción total del edificio

b) Por destrucción de una porción del edificio que represente, por lo menos, las tres cuartas partes del mismo

c) Por ruina del edificio en las proporciones señaladas (LPH, art. 16)

d) Por decisión unánime de los propietarios.[5]

A). *División de las cosas comunes*

Cualquiera de los propietarios puede pedir la división de las cosas comunes en las cuales tenga participación, si se verificare alguna de las hipótesis descritas. La fórmula empleada para lograr la partición consiste –por lo regular– en la venta de los bienes comunes y en el ulterior reparto del precio, en proporción a los respectivos porcentajes.

B) *Adquisición por los propietarios*

Si un número de propietarios, cuyos porcentajes excedan las tres cuartas partes del inmueble, estuviere interesado en permanecer en el

condominio, podrá adquirir, a justa regulación de expertos, las partes de los propietarios que pretendan la división (LPH, art. 16).

C) *Destrucción o ruinas menores*

Cuando la destrucción o la ruina del edificio no alcanzare las proporciones determinadas en el artículo 16, los propietarios decidirán sobre la reconstrucción de las cosas comunes. Los gastos causados se reputarán, en este caso, *comunes* y sometidos, en consecuencia, a la disciplina del artículo 11 de la Ley (LPH, art. 17).

La armonización de las reglas normativas de la Propiedad Horizontal y del Código Civil destaca diversos aspectos de interés, por lo que atañe a la suerte de los acreedores hipotecarios. Así, si la destrucción o ruina del edificio es inferior a las tres cuartas partes de su valor y los propietarios acuerdan la reconstrucción, la garantía hipotecaria no experimenta menoscabo. Pero si la destrucción del inmueble es completa, o si la ruina sobrepasa el porcentaje antes señalado, gravitando decisivamente sobre la solidez de la garantía, los acreedores hipotecarios podrán actuar conforme a los lineamientos trazados por el artículo 1.894 del Código Civil (exigir un suplemento de hipoteca o ejecutar sus créditos aunque los plazos no estén vencidos).

127-A. LA MULTIPROPIEDAD Y EL TIEMPO COMPARTIDO

El texto positivo de 18 de diciembre de 1995 (Ley que regula y fomenta la multipropiedad y el sistema de tiempo compartido), apunta claramente al desarrollo de la llamada "actividad turística y recreacional".

En el ámbito de la doctrina tradicional la *multipropiedad* (para algunos: "propiedad espacio - temporal", "propiedad por turnos"), se halla catalogada como una especie novedosa de *titularidad* del derecho sobre la fracción de un inmueble, cuyo rasgo típico descansa en la división, entre varios sujetos, del uso y disfrute del bien, en el tiempo, mediante el sistema de turnos repartidos en períodos de igual duración.[6] La Ley venezolana optó por una disciplina dual:

5. *Cfr.* Vegas Rolando, Nicolás: *La propiedad por departamentos*, p. 282.
6. *V.*, para un análisis del instituto, Gomes, Orlando: *Direitos reais*, 9ª edición, Ed. Forense, Río de Janeiro, 1985, pp. 212 y ss.

A) La *multipropiedad*, esto es, el derecho indiviso a través del cual se adquiere el dominio sobre una *parte alícuota* de una unidad residencial vacacional o recreacional de carácter turístico conjuntamente con los bienes muebles que en ella se encuentren, así como sobre las instalaciones y servicios conexos y áreas comunes del respectivo desarrollo inmobiliario, con sujeción a un *calendario* en cuanto al uso y disfrute exclusivo, todo con arreglo del contenido del respectivo contrato y las disposiciones del documento de condominio

B) *El tiempo compartido: uso y disfrute de una unidad vacacional o recreacional de carácter turístico*, conjuntamente con los bienes muebles que en ella se encuentren, además de las instalaciones, áreas, construcciones y servicios comunes al respectivo desarrollo inmobiliario, siempre y cuando este derecho se limite a un número determinado de días y semanas por un número específico de años, con sujeción al contrato respectivo (art. 1º de la Ley).

Denominador común de ambas figuras es la *exclusividad* que –en el tiempo– se reconoce al titular (multipropietario, tiempo-compartidor).

Las reglas técnicas dan cabida, en el proceso creador de las especies mencionadas, a los inmuebles *construidos* y a los inmuebles *en fase de construcción*, previo otorgamiento –en este último caso– de las seguridades descritas en el artículo 16: a) Constitución de fideicomiso inmobiliario irrevocable a favor de los adquirentes, para garantizar el porcentaje de construcción de obras civiles inconclusas; b) Fianza a favor de los futuros compradores por valor equivalente al porcentaje inconcluso de las obras proyectadas. Tal fianza sólo será otorgada por empresas facultadas para constituirla (no se hallan facultados, entre otros, los bancos hipotecarios ni las sociedades de capitalización).

Destaca a lo largo del cuerpo normativo el marcado propósito de conferir un poder de control, de claro corte administrativo, por conducto de la Comisión Técnica de Consulta adscrita a la Corporación de Turismo de Venezuela (arts. 5, 6 y ss, en particular).

Las bases rectoras del mecanismo que gobierna ambos sistemas en estudio, han de constar en documento otorgado ante la Oficina Subalterna de Registro (art. 10), antes de la celebración del "primer contrato de venta o preventa de Multipropiedad o de Tiempo Compartido". Tal instrumento no podrá ser modificado por el propietario o, en su caso, por el promotor después de celebrado el contrato de multipropiedad o tiempo compartido. En el caso de la modalidad de multipro-

piedad, las modificaciones se admiten cuando ello fuere acordado por el noventa por ciento (90%) de los multipropietarios. (*v.*, para la modalidad de tiempo compartido, art. 10, penúltimo parágrafo, de la Ley).

Destacables, en el seno del régimen creado por la ley especial, resultan:

a) La acción divisoria y el retracto de comuneros desaparecen cuando se adopta el sistema de la *multipropiedad* (art. 23);

b) La *desafectación* (en el régimen de la multipropiedad) alcanza eficacia sólo si media acuerdo tomado por la *unanimidad* de los multipropietarios, o por efecto de una *decisión judicial* pronunciada en interés de la comunidad a solicitud de la *mayoría de los multipropietarios* (art. 24).

El sector del *"tiempo compartido"* establece una distinción de cierto interés:

a) *Tiempo compartido fijo* (uso y disfrute de la misma unidad residencial en la misma semana o semanas del año)

b) *Tiempo compartido flotante* (uso y disfrute de la misma unidad residencial, dentro de ciertas temporadas o estaciones del año, cuya determinación "se hará en forma periódica, de acuerdo con procedimientos objetivos")

c) *Tiempo compartido sobre espacio flotante* (uso y disfrute de una unidad residencial, "con características precisas, cuya determinación se hará según la disponibilidad y mediante procedimientos objetivos")

d) *Tiempo compartido mixto* (combinación de las modalidades b) y c), de modo que el uso y disfrute se ejerzan en un período indeterminado dentro de una cierta temporada "en una unidad residencial con características precisas" [...] Bajo esta modalidad podrá también fraccionarse "el disfrute de la semana o semanas en días no continuos".

Expresamente, la Ley (art. 32) coloca dentro de los moldes del *derecho real* las figuras de tiempos compartidos fijos y flotantes "sobre la respectiva unidad residencial". Por su parte, los titulares de derechos compartidos sobre espacios flotantes y mixtos, adquieren poderes sustentados "en relaciones jurídicas *obligacionales*".

BIBLIOGRAFÍA

Apartando los tratados y obras generales que abordan la problemática de la propiedad horizontal en algunos de sus capítulos, indicamos algunas monografías y estudios especiales:

Aeby, Frèderic: *La proprieté des appartaments. Ses aspects juridiques et pratiques.* Etab. Emile Bruylant, Bruselas, 1960.

Aguilar Gorrondona, José Luis: *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal de 1978.* Edit. Sucre, Caracas, 1979.

Borja Martínez, Manuel: *La propiedad de pisos o departamentos en el Derecho mexicano.* Edit. Porrúa, México, 1957.

Campos Brice, Humberto : "La propiedad horizontal". En *Revista de la Universidad del Zulia,* N.° 2, abril, mayo, junio, Maracaibo, 1959, p. 21.

Fuenmayor, José Andrés: *Estudios acerca de algunos aspectos jurídicos de la "Propiedad horizontal".* Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Caracas, 1953.

Goldschmidt, Roberto: "La ley venezolana de propiedad horizontal de 1958". En *Nuevos estudios de Derecho Comparado,* vol. XXVII, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1962.

Gomes, Orlando: *Direitos reais.* 9ª edición. Ed. Forense, Río de Janeiro, 1985.

Negri, José A.: *Régimen argentino de la propiedad horizontal.* Ed. Arayú, Buenos Aires, 1953.

Poirier: *La propiedad horizontal.* Ed. Arayú, Buenos Aires, 1955.

Vegas Rolando, Nicolás: *La propiedad por departamentos (propiedad horizontal).* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1967.

Vegas Rolando, Nicolás: *La propiedad horizontal en Venezuela.* Ediciones Magón, Caracas, 1992.

Capítulo XVII
Los derechos reales limitados (de goce)

128. Introducción. 129. Clasificación de los derechos reales limitados. 130. Estudio particularizado del derecho real de usufructo. 131. Constitución del usufructo. 132. Derechos del usufructuario. 133. Obligaciones del usufructuario. 134. Extinción del usufructo. 135. Los derechos de uso y de habitación. 136. Disciplina normativa del uso y de la habitación.

128. INTRODUCCIÓN

La expresión "derechos reales limitados", a menos que se la aplique como denominador común de los derechos reales de goce sobre la cosa ajena, y la de "derechos reales de garantía", son defectuosas. En la raíz de esta expresión pervive la tendencia a contraponer el binomio mencionado al derecho de propiedad ("derecho real pleno"). Sin embargo, la propiedad a la vez experimenta recortes y limitaciones cuando surge, precisamente, un derecho real sobre el objeto a favor de otra persona.[1] Con esta reserva –y únicamente por su conducto– ha de darse cabida a la nomenclatura que sirve de epígrafe al tema.

El carácter *elástico* adjudicado al derecho de propiedad (*retro*, Capítulo VIII, N.° 50, D), autoriza la atribución a favor de terceros de

1. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 438. La tendencia inaugurada por Ginossar, al situar la propiedad como un derecho absoluto que vincula al patrimonio tanto los derechos reales como los derechos de crédito, torna menos adecuado el vocablo "limitados".

algunas de las facultades inherentes a su contenido normal. *Tal concesión* involucra la limitación del dominio a favor del beneficiario, quien ostentará un *señorío limitado* sobre una cosa que continúa perteneciendo, durante la vigencia del derecho, al propietario (constituyente o no del derecho limitado).

De ello deriva que, sobre una misma cosa incida el derecho de propiedad, incrustado al patrimonio de un sujeto, y el derecho real, de contenido más limitado, de otro sujeto.[2]

1) Los derechos reales limitados (*iura in re aliena*, o derechos reales menores) presentan, por tanto, un contenido más reducido en comparación con el derecho de propiedad. Constituyen un *poder directo sobre una cosa* perteneciente a otro, y confieren al titular la facultad de gozar, en todo o en parte de la utilidad de la cosa ajena, mas no el derecho de disponer en ella, en la hipótesis de los derechos reales de goce sobre la cosa ajena. Aun en las hipótesis en que el objeto de los derechos reales limitados (genéricamente considerados) sea un *derecho de crédito* (usufructo de un crédito, prenda del crédito), la incidencia se manifiesta sobre la facultad de exigir la prestación contenida en la relación crediticia. De este modo, por ejemplo, la prenda sobre el crédito no es otra cosa que la cesión eventual del poder de exigir la prestación, en el sentido de que se halla subordinada al incumplimiento del cedente (pretensor en la relación generada por el crédito al cual se conecta la prenda).[3]

2) Los derechos reales limitados generan obligaciones *propter rem*, en razón del vínculo "real" en el cual se fundan. El sujeto pasivo de esta obligación real será el propietario del bien gravado (de usufructo, uso, servidumbres,...) o, de modo más amplio, cualquier sujeto que se encuentre en una determinada posición de titularidad respecto del bien gravado. Este deber jurídico individualizado –distinto, en consecuencia, del deber universal de respeto– puede consistir, en ocasiones, en una prestación positiva (Código Civil, arts. 730 y 736, por ejemplo).

3) La estrecha dependencia de las facultades atribuidas al titular del derecho real limitado sobre la cosa condiciona la oponibilidad frente a terceros, cuando las formalidades requeridas para la constitución

2. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 437.
3. *Cfr.* Barassi, Lodovico: *I diritti reali limitati*, pp. 41 y 42.

son cabalmente cumplidas (ambulatoriedad pasiva). La oponibilidad se resuelve, en último término, en el *derecho de persecución*, ejercitable por el titular del derecho real limitado, tanto frente al propietario primitivo de la cosa gravada como frente al nuevo propietario, y frente al poseedor no propietario que quiera impedir su ejercicio.[4]

4) Los derechos reales limitados subsisten sobre la cosa gravada, aunque haya sido enajenada por el constituyente, por aplicación lógica de las resultantes anexas a la naturaleza real del vínculo. De igual forma, la adquisición por usucapión de la cosa gravada es insuficiente, por sí misma, para provocar la extinción del derecho real limitado (por rechazo de la tesis de la *usucapio libertatis)*. Los derechos de este rango tienen, pues, existencia propia (autónoma), independiente de las vicisitudes que afecten al derecho de la propiedad.[5]

5) Por el hecho de presentarse como anomalías, desde el vértice trazado por el pleno señorío dominical sobre la cosa, la postura favorable al *numerus clausus* de los derechos reales encuentra un argumento favorable adicional en pro de la imposibilidad de crear otros derechos reales distintos (derechos reales "innominados") de los tipificados en los textos positivos. Los derechos reales sobre la cosa ajena, son típicos: por un lado, los particulares no pueden edificar figuras nuevas y diversas de las que la ley regula; por eln otro, su disciplina jurídica resiste a las modificaciones que, en sus rasgos fundamentales, le imprima el constituyente.[6]

6) Los derechos reales limitados subsisten mientras perdure la *causa* que los determina. Su existencia se subordina al efectivo ejercicio de las facultades dependientes de ellos. La cesación de este efectivo ejercicio envuelve un "no uso" (desuso), y la desaparición de la necesidad que motiva su vigencia. En tal sentido:

a) El "no uso" (abandono del ejercicio) por un término legalmente fijado, los extingue (prescripción extintiva: Código Civil, art. 619, (usufructo), 631 (uso y habitación, etc.).

b) Sobre una misma cosa pueden coexistir varios derechos reales limitados, cada uno de los cuales está circunscrito a una regulación propia.

4. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 442.
5. Barassi, Lodovico: *I diritti reali...*, p. 59.
6. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 440 y 441.

7) La cesación del derecho real limitado –sobre todo, y de manera particular, del derecho real de goce sobre la cosa ajena– produce la expansión del derecho de propiedad, el cual recupera así su contenido pleno.

129. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

La doctrina agrupa las diversas figuras típicas de los derechos reales limitados, conforme al siguiente cuadro:

A) *Derechos reales (limitados) de goce:* Usufructo, uso, habitación, servidumbres[7] y enfiteusis.

B) *Derechos reales (limitados) de garantía:* Prenda, hipoteca y anticresis.[8]

Este curso se ocupa sólo del estudio de los derechos reales limitados señalados en el primer rubro, con excepción de la enfiteusis. Tradicionalmente se ha reservado a la cátedra de "Contratos y Garantías" (Derecho Civil IV), la exposición sobre la naturaleza, contenido y estructura de los derechos reales de garantía y de la enfiteusis, atendiendo a la ubicación de los institutos dentro de la topografía del Código Civil.

130. ESTUDIO PARTICULARIZADO DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO

A) *Concepto*

El artículo 583 del Código Civil venezolano construye la definición del usufructo sobre los siguientes términos:

7. *"La servidumbre constituye figura por sí misma,* en cuanto, mientras en un notable número de casos consiste en el goce de un fundo ajeno, en otros consiste en la pretensión de que el propietario de tal fundo se abstenga de hacer alguna cosa, sin que al titular de la servidumbre le corresponda un derecho de goce. En tales casos, debería hablarse, no de derecho de goce, sino de *poder de privación,* respecto de otro (propietario del fundo sirviente)" (Messineo, Francesco: *Manual...,* III, p. 446).
8. Se agregan, además, los *derechos de adquisición* (tanteo y retracto). *Cfr.* Puig Brutau, José: *Fundamentos de Deerecho Civil,* III, p. 35.

"El usufructo es el derecho real de usar y gozar temporalmente de las cosas cuya propiedad pertenece a otro, del mismo modo que lo haría el propietario".[9]

Durante el proceso de reforma que culmina en 1942, desapareció la última parte contenida en el Código Civil de 1922 (art. 564) y en los textos anteriores ("... con la obligación de conservar su sustancia, tanto en la materia como en la forma"), que traducía legalmente el principio *salva rerum substantia* (CC. italiano de 1865, art. 477; CC. español, art. 467; CC. francés, art. 578; CC. argentino, art. 2.807; CC. uruguayo, art. 493; CC. chileno art. 764):[10] La supresión, sin embargo,

9. En doctrina, las definiciones responden sustancialmente a los preceptos legalmente regulados. Así, según Diego Espín Cánovas, el usufructo "...es un derecho real sobre cosa ajena que otorga el más amplio goce posible de la cosa, con tal que no implique su deterioro o destrucción, por tiempo limitado" (*Manual de Derecho Civil español,* II, p. 257). El contenido del usufructo está signado "por el *goce pleno* de la utilidad de una cosa ajena, actuado mediante un señorío sobre la cosa", siendo por ello un típico derecho real de goce (Nicolo, Rosario y Giorgianni, Michele: Voz "Usufrutto (Diritto Civile)", en *Nuovo Digesto italiano,* XII-2, p. 779). Según Barbero, con base en el artículo 981 del Código Civil italiano de 1942: "Es un derecho real que atribuye el poder de disfrutar una cosa de cualquier modo y por toda la utilidad que pueda dar, dentro del límite de respeto a la destinación económica" (*Sistema del Diritto Privato,* I, p. 829)
10. El principio *salva rerum substantia* se interpreta: a) como prohibición de destruir o consumir la cosa total o parcialmente; b) Como no alteración de la forma de la cosa, perjudicándola. Sin embargo, la alteración de la forma puede acaecer: a') Cuando las mejoras realizadas por el usufructuario puedan retirarse sin menoscabo de la cosa, al cesar el usufructo; b') Cuando, aun no pudiendo ser retiradas las mejoras, no comprometan con gastos o molestias en su conservación a la persona que suceda en el disfrute al usufructuario; c') Cuando el usufructuario garantice la reposición de la cosa a su primitivo estado (Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral,* II, p. 486). En una exposición más amplia del principio, Francisco Villavicencio (*"Salva rerum substantia* en el usufructo propio", *Revista de Derecho Privado,* 1951, pp. 189 y ss.) distribuye los diversos significados del principio así: a') La obligación equivale a *prohibición de destruir la cosa, o consumirla* parcial o totalmente; b') Prohibición de los actos que destruyan o alteren las condiciones sustanciales de la cosa que primordialmente se han tomado en cuenta para la constitución del derecho: c') No alteración de la forma de la cosa, perjudicándola. Pero el destino específico de la cosa no integra el concepto de sustancia (*loc. cit.,* p. 206). En la doctrina italiana, Venezian sostiene, por el contrario, que la obligación de conservar la sustancia involucra la *prohibición de alterar el destino específico* que la cosa tiene en la esfera de la economía del propietario (Venezian, G.: *Usufructo, uso y habitación,* II, p. 308). "Tampoco constituye una condición objetiva –agrega– la conservación de la sustancia, pues se ha convertido en *condición subjetiva* del derecho de disfrute" (*Op. cit.,* p. 315). La versión

no lesiona la persistencia de la obligación, a cargo del usufructuario, de respetar la materialidad de la cosa o su destino económico. El núcleo básico de los deberes a cargo del titular del derecho real limitado de que tratamos, se dirige, precisamente al cabal respecto de los intereses del nudo propietario sobre la cosa gravada, inmersos en el precitado principio.

Castán Tobeñas[11] anota como excepciones al principio *salva rerum substantia* los denominados *usufructos anormales* (usufructo sobre cosas consumibles, como caso específico) y la *voluntad del constituyente*. Del propio modo, los "usufructos de disposición" representarían contradicciones aparentes a la obligación primaria (de restituir), puesta a cargo del usufructuario. Para algunos autores, el título puede facultar al usufructuario para *transformar* el bien y aun para *enajenarlo*, siempre que al término del usufructo restituya el valor al propietario. Esta facultad, según Venezian, situaría la figura jurídica dentro del marco del *legado* (de la propiedad) que genera un *fideicomiso de residuo*. Para otra parcialidad de la doctrina, la conjugación del usufructo con la facultad de disponer no desnaturaliza el derecho limitado de goce.

B) *Naturaleza y caracteres*

El usufructo, dentro del esquema de los derechos patrimoniales, es un derecho real limitado (de goce), mobiliario o inmobiliario, sobre la cosa ajena, cuya constitución da origen a un concurso de derechos (del nudo propietario y del usufructuario), sobre un objeto, lográndose su armonización a través del título constitutivo y de las normas contenidas en el Código Civil (*Cfr.* art. 582, CC., y, en forma expresa: Código Civil uruguayo, art. 493, segunda parte).

Se caracteriza, con relación al *goce*, por la amplitud del mismo y, con respecto a su *duración*, por la temporalidad.[12] El usufructuario puede extraer de la cosa todos los beneficios que normalmente corresponden al propietario, pero se halla obligado a respetar la destinación económica y material del bien. La limitación temporal del derecho obedece a la idea de su armonización con los derechos del nudo propietario, y al hecho de que el dominio carecería de eficacia si el goce fuera definitivamente separado de las otras facultades inherentes a la propiedad.[13] El carácter de temporalidad del usufructo, está expresamente señalado en el artículo 584, par. 2, del Código Civil.

Es, por último, un derecho *transmisible*.

C) *Objeto del usufructo*

El usufructo puede ser constituido sobre cualquier especie de bienes (muebles o inmuebles) (*v.*, Código Civil, art. 584, par. 2 conc. arts. 530, ap. 2, y 533). Pueden ser objeto de usufructo, por tanto, los bienes de utilidad repetida (bienes *inconsumibles)* como los bienes de utilidad simple (bienes *consumibles);* las cosas *fungibles* como las *infungibles;* los bienes *corporales* como los *incorporales* (bienes inmateriales); las cosas singulares como las *universalidades.*

Tratándose de cosas *consumibles,* la utilidad que deriva el titular consiste, o en el *poder de disposición* (el dinero, por ejemplo), o en su destrucción por el primer uso (alimentos, combustibles, por ejemplo). Como quiera que el usufructo comporta el respeto a la integridad material y a la destinación económica de la cosa, el derecho que dimana de la utilización de bienes consumibles, resultará esencialmente diverso (*cuasi usufructo*, o usufructo anormal, o *usufructo dispositivo).* Siendo imposible la restitución de la misma cosa a la extinción del usufructo, el deber a cargo del titular del derecho real limitado, en este caso, se reduce al pago del valor que el bien tenga, según la estimación que se le haya dado al comenzar el usufructo (Código Civil, art. 589). Si no se hubiere hecho esta estimación, el usufructuario podrá optar entre restituir bienes en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente a la cesación del usufructo (Código Civil, art. 589). En tanto el usufructo atribuye un *señorío limitado sobre la cosa, el cuasi usufructo confiere un poder más amplio: la propiedad sobre los bienes consumibles* (*V. supra,* Capítulo II, 12, D). El propietario primitivo conserva tan sólo un derecho, cuyo objeto es, o el pago del valor de la cosa, apreciado según el procedimiento antes enunciado, o la recepción de otro bien del mismo género, si se verifica el supuesto normado en la última parte del dispositivo técnico mencionado.

---

normativa del principio tampoco se observa en el Código Civil mexicano (artículo 980). *Cfr.* Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil,* Antigua Librería Robredo, México, 1963, vol. II, p. 120. El artículo 981 del Código Civil italiano de 1942 coloca a cargo del usufructuario el deber de respetar la *destinación económica* de la cosa, entendida como obligación de respetar la destinación encaminada a producir "una determinada utilidad" que el propietario ha impreso al bien (Callegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato,* G. Giappichelli, ed., Turín, 1960, p. 437).

11. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español...,* II, pp. 487 y ss.
12. Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil...,* II, p. 275.

13. Torrente, Andrea: *Manuale di Diritto Privato,* p. 269.

De las cosas consumibles difieren los bienes deteriorables (cosas cuyo repetido uso puede ocasionar un desgaste o una disminución sensible de su valor económico, mas no su destrucción). La asimilación del usufructo sobre estos bienes al cuasi usufructo no es posible. Al finalizar el usufructo, los bienes deben ser restituidos en el estado en que se encuentren. El usufructuario está obligado, no obstante, a indemnizar al propietario por los perjuicios que pueda haberle causado el uso anormal de la cosa, por dolo o culpa (Código Civil, art. 590).

El usufructo sobre *crédito*, por su parte, puede concebirse como poder de ejercer el derecho de crédito, sin que ello implique desaparición del sujeto activo de la relación obligatoria, pero sí transferencia al usufructuario del derecho respectivo. El poder del usufructuario se ejerce directamente *frente al deudor*. El mecanismo de tal facultad, conduce a cierto sector de la doctrina a referir esta figura a un *derecho personal* (no real), lo cual viene a ser ilógico si se sigue haciendo referencia al usufructo –esencialmente un derecho real– sobre el crédito.[14] Niega Messineo que el usufructo sobre el crédito implique un "derecho sobre derecho". En su opinión, la estructura del mismo mostraría únicamente la concurrencia de dos poderes sobre el crédito. El usufructo se resuelve en el ejercicio directo del crédito, con prescindencia de la cooperación del nudo propietario (titular del crédito). Prácticamente, el usufructo de crédito se concreta en la posibilidad de cobrar, si existen, los frutos civiles (intereses) del crédito, "y las cuotas de las prestaciones si se trata de obligaciones de ejecución continuada o periódica",[15] como sería una renta vitalicia, por ejemplo (CC., art. 588). El usufructo de *títulos de crédito*, por el contrario, es usufructo sobre cosas *corporales* cuyo contenido es una manifestación de usufructo sobre crédito documental.

Por último, la Ley sobre el Derecho de Autor, de 16 de septiembre de 1993, faculta al autor de una obra de ingenio, para constituir usufructo sobre el derecho que le está conferido, por actos *inter vivos* o *mortis causa*. El usufructo envuelve la autorización para divulgar la obra y para escoger los medios de una divulgación eventual, salvo pacto en contrario. De no existir disposición testamentaria específica acerca de la obra, y cuando queda ésta comprendida en una cuota usufructuria, los causahabientes del autor deberán prestar su consentimiento para la divulgación (LDA., art. 18).

14. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 475.
15. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 475.

131. CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

De acuerdo con el párrafo primero del artículo 584 del CC., el usufructo puede ser constituido "por la ley o por voluntad del hombre". Desde un ángulo estrictamente técnico, el usufructo se constituye:

A) *Por actos y negocios jurídicos;*

B) *Por usucapión.*

En la reforma experimentada por el Código Civil en 1982, desapareció en Venezuela el llamado "usufructo constituido por la ley" (usufructo legal), que ostentaba el padre o la madre sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad.

Quizás por inadvertencia del legislador y pese a la supresión de los preceptos que disciplinaban el usufructo legal (arts. 272 y siguientes del Código Civil de 1942), en el texto de 1982 se conservaron ciertas reglas, ahora carentes de sustrato. Así, por ejemplo, el artículo 602 (segunda parte) que dispensa de la obligación de prestar caución al "padre y la madre que tengan el *usufructo legal* de los bienes de sus hijos", y el artículo 1881, numeral 2°, el cual sitúa fuera de la esfera de los derechos susceptibles de ser objeto de garantía hipotecaria el "*usufructo legal de los ascendientes*".

Examinaremos cada una de las fuentes en particular.

A) *Constitución del usufructo por actos y negocios jurídicos*

La constitución del usufructo puede operarse por negocios *jurídicos inter vivos*, o por actos jurídicos *mortis causa*. No se admite la constitución por sentencia.[16]

El negocio jurídico constitutivo de usufructo por *actos inter vivos* puede ser a *título gratuito* o a *título oneroso*. En esta segunda hipótesis, la creación del derecho real limitado supone una contraprestación que consiste, o en una suma de dinero, o en una cosa diversa. Si comprende bienes inmuebles, el documento en que conste el acto constitutivo está sujeto a publicidad registral (Código Civil, art. 1.920, ordinales 1 y 2).[17] El usufructo puede resultar, también, de una conce-

16. Barassi, Lodovico: *I diritti reali limitati*, p. 153.
17. *Cfr.* Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, I, p. 432.

sión recíproca originada en la *transacción*. El negocio a *título gratuito*, puede constituirse por la *donación con reserva de usufructo*, que atribuya al donatario y al donante la nuda propiedad, y después de él a una o varias personas que existan al hacerse esta reserva, el derecho real limitado (Código Civil, art. 1.456); o a través de la concesión –sin contraprestación de ningún género– del usufructo a un tercero. La donación de bienes *muebles* hecha con reserva de usufructo confiere al donatario, a la terminación del derecho, las cosas donadas en el estado en que se encuentren. Respecto de las cosas que no existan, el donatario tendrá acción contra el donante y sus herederos, por el valor que se les dio al tiempo de la donación, salvo que hayan perecido por caso fortuito (Código Civil, art. 1.457).

En síntesis, por actos *inter vivos*, el usufructo se constituye:

a) Resevándose el propietario la nuda propiedad al otorgar el usufructo sobre la cosa a un tercero

b) Reservándose el propietario el derecho real limitado de goce y confiriendo a otra persona la nuda propiedad

c) Desdoblando el usufructo y la nuda propiedad a favor de dos personas distintas.

Los actos *inter vivos* generadores del usufructo están sometidos a las reglas generales de protección de los derechos de los acreedores del constituyente y de los herederos legítimos frente a la libertad de disposición. Mediante la *acción pauliana* (Código Civil, art. 1.279), los acreedores pueden impugnar tanto la venta como la donación de usufructo realizados en fraude de sus derechos.[18] Los herederos legitimarios pueden, también, exigir la reducción de las donaciones de usufructo o de nuda propiedad, que excedan de la porción de bienes de que pueda disponer el donante (*v.* art. 1.468 del Código Civil).

La constitución de usufructo por actos *mortis causa* da lugar a la aplicación de los dispositivos técnicos sobre *legados*. Habrá lugar al derecho de acrecer, en caso de atribución del usufructo a *varios sujetos* (comunidad de usufructo entre colegatarios). El derecho persiste hasta que muera el último de los beneficiados, a no ser que hubiere sido constituido por tiempo determinado. Si el usufructo es limitado en el tiempo por el testador, resultaría válida la disposición conforme a la

18. Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, I, p. 441.

cual si el usufructuario muere antes del vencimiento del término, el usufructo pasará a los herederos por toda la duración del plazo.[19]

El usufructo, a través del conducto creado por el negocio jurídico, puede ser constituido por tiempo fijo (que no podrá exceder en ningún caso de treinta años: Código Civil, art. 619), *puramente o bajo condición* (Código Civil, art. 584, par. 2). Si se establece por tiempo indeterminado, se entenderá limitado por la vida del usufructuario. Si el usufructo se constituye a favor de las municipalidades u otras personas jurídicas (colectivas), *no podrá exceder de treinta años* (Código Civil, art. 584, *in fine*).

Por testamento, o por contrato a título gratuito u oneroso, puede establecerse el usufructo a favor de varias personas, *simultánea o sucesivamente*. En caso de disfrute sucesivo, aprovechará únicamente a las personas que existan cuando se abra el derecho del primer usufructuario (Código Civil, art. 584, párrafo 3).

B) ***Usucapión del derecho real de usufructo***

Sin reservas, la doctrina admite que el usufructo es un derecho real *poseíble*, y susceptible de ser adquirido por prescripción veintenal o decenal (args. arts. 1.977 y 1.979 del Código Civil venezolano. En el Código Civil italiano de 1942, de modo expreso: art. 978).[20]

132. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

El conjunto de los derechos atribuidos al usufructuario procede, fundamentalmente, *del título constitutivo*. Las disposiciones normativas integradas en los artículos 583 y siguientes del Código Civil, son reglas supletorias aplicables a falta de dispositivos expresos contenidos en ese título, a menos que la ley no disponga otra cosa (Código Civil, art. 582).

De modo genérico, los derechos del usufructuario radican tanto en el *aprovechamiento de la cosa* como en la *percepción de los frutos*. Tal aserto resulta una expresión del poder de goce ínsito al derecho en estudio.

19. Nicolo-Giorgianni: En *Nuovo Digesto italiano*, XII-2, p. 798.

20. Sobre las condiciones generales de usucapibilidad de los derechos reales, *v. retro*, Capítulo XII, N.º 72.

A) *Derecho a la posesión de la cosa*

El ordenamiento positivo, reconoce al usufructuario el derecho de ejercer la posesión de la cosa que constituye el objeto del usufructo, pero condicionado al cumplimiento de ciertos deberes (*infra*, N.° 133), de los cuales, no obstante, puede ser dispensado.*

El *derecho a la posesión* expresa la relación de hecho en que el usufructuario es colocado con respecto a la cosa, de modo tal que se le permite recabar todas las ventajas conectadas al uso y al goce del bien.[21] Esta posesión adquiere dimensiones verdaderamente notables en el usufructo de *cosas consumibles* (cuasi usufructo, supra, N.° 130, C) y en el usufructo sobre *animales* que formen rebaños.

La posesión de la cosa está tutelada por acciones típicas, dotadas en la práctica de eficacia para provocar el desplazamiento de cualquier poseedor, incluso del propietario, que pretenda anteponer al usufructuario una pretensión adversa, o le niegue el derecho, o le haya arrebatado la posesión.[22] En especial, la *acción confesoria* se dirige a constatar, en juicio contradictorio, la existencia del derecho real limitado y a obtener, consecuencialmente, la reintegración de la posesión. Igualmente el usufructuario puede recurrir a la *acción declarativa* (de certeza del derecho), y a las *acciones de defensa de la posesión* (como poseedor del derecho real de usufructo). Desde este último ángulo, se advierte, el usufructuario es titular de una *posesión autónoma*. Resulta evidente el distingo entre la posesión del nudo propietario y la posesión a título de usufructuario, que pueda concurrir con la primera. Ambas posesiones difieren por el diverso *contenido* de las mismas y no se excluyen.[23] Integra la posesión del usufructo, la tenencia de la cosa con el *animus rei utendae et fruendae*.[24]

B) *Derecho de goce*

El usufructuario tiene el derecho de usar la cosa y disfrutar de la misma *(usus-fruti)*, como lo haría el propietario, con la sola limitación que impone la conservación de la sustancia y la forma de ella.

21. *Cfr.* Nicolo-Giorgianni: *Loc. cit.*, p. 785.
22. Cabe citar, en especial –y además de las acciones de defensa de la posesión–, la *acción confesoria* que, para algún sector, guarda cierta analogía con la acción reivindicatoria. De este modo: Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 271.
23. Palermo, Antonio: *Usufrutto, uso, abitazione*, p. 101.
24. Palermo, Antonio: *Usufrutto, uso, abitazione*, p. 115.

El usufructo asume dos aspectos perfectamente separables:[25]

a) El relativo a los *frutos* (naturales y civiles: Código Civil, art. 585)

b) El relativo a las *accesiones.*

Los frutos naturales que al comenzar el usufructo no estuvieren desprendidos, pertenecerán al *usufructuario*, y los que aún no lo estén al terminar el usufructo, serán del *propietario*, sin derecho en ninguno de los dos casos a la indemnización de los trabajos o de las semillas (Código Civil, art. 586). Los *frutos civiles* pertenecerán al usufructuario *(día por día)*, en proporción a la duración del usufructo (Código Civil, art. 587). Carece de derechos sobre el *tesoro* que encuentre durante el usufructo (salvo la parte que le corresponda como *inventor)*, por no ser fruto ni producto; pero goza de las minas y canteras abiertas y en ejercicio, al tiempo en que comience el usufructo (Código Civil, art. 599).

El uso y el goce inherentes al usufructo se extiende a todos los accesorios y pertenencias de la cosa y a las *servidumbres* que beneficien al fundo (Código Civil, art. 599). El usufructuario tiene, igualmente, derecho sobre los incrementos que por accesión reciba la cosa.

C) *Consideraciones especiales sobre el derecho de arrendar*

Una de las formas relevantes del derecho de disfrute adjudicado al usufructuario, consiste en la percepción de las sumas que ingresan en su esfera patrimonial por concepto de cánones de arrendamiento de la cosa usufructuada. El contrato de arrendamiento celebrado por el usufructuario ofrece, sin embargo, particularidades de especial significado dentro del sistema normativo, las cuales ameritan un análisis separado.

El artículo 597 del Código Civil faculta al usufructuario para arrendar el *derecho* de usufructo, pero asume frente al propietario la responsabilidad por los perjuicios que pueda causar el sustituto a la cosa, por su culpa o negligencia.

El contrato de arrendamiento implica una simple cesión del uso o disfrute de la cosa. El Código Civil establece reglas precisas en cuanto a la *duración* del contrato de arrendamiento:

a) *Primera hipótesis. Contratos de arrendamiento por cinco años o menos.* Las relaciones obligacionales derivadas de los contratos de

25. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español...*, II, pp. 494 y ss.

arrendamiento cuya duración sea de cinco años o menos, **subsistirán** por el tiempo estipulado aun cuando cese el usufructo (**Código Civil**, art. 598, primera parte).

b) *Segunda hipótesis. Contratos de arrendamiento por más de cinco años.* Los contratos de arrendamiento por tiempo determinado, cuya duración exceda de cinco años, no subsistirán sino por el quinquenio corriente al tiempo de la cesación del usufructo. El primer quinquenio se cuenta desde el día en que se inició el arrendamiento; los demás quinquenios se computarán desde el día del vencimiento del precedente (Código Civil, art. 598). Ejemplos: si el usufructuario celebra un contrato de arrendamiento por veinte años y fallece al cuarto año de vigencia de este contrato, el arrendamiento subsistirá por un año; si falleciere a los trece años de vigencia del contrato de arrendamiento, éste durará dos años. Nos referimos aquí al usufructo no establecido por tiempo determinado.

c) *Tercera hipótesis. Pactos de arrendamiento por cinco años o por un lapso inferior y de prórroga de contratos ya vigentes.* Tanto los contratos de arrendamiento simplemente pactados, cuya duración no exceda de cinco años, como las prórrogas meramente convenidas y aún no en ejecución, por más de un año (si se trata de bienes rurales) o por más de seis meses (en caso de bienes urbanos), carecen de efecto frente al propietario a la cesación del usufructo, si aún no hubiere comenzado su ejecución.

d) *Cuarta hipótesis. Duración de los contratos de arrendamiento en los casos de usufructo por tiempo determinado.* El artículo 598 del Código Civil preceptúa que los contratos de arrendamiento celebrados por el usufructuario, cuyo derecho se encuentre temporalmente limitado (de modo *cierto y determinado),* durarán sólo por el *año corriente* al tiempo de la cesación del usufructo. Sin embargo, tratándose de fundos cuya principal cosecha se realice *en más de un año,* el arrendamiento se prolongará por todo el tiempo necesario a la recolección de la cosecha pendiente a la terminación del usufructo.

Particular examen, en el tratamiento de los contratos de arrendamiento que celebre el usufructuario, amerita el "Decreto con rango y fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios" de 21 de octubre de 1999 (en vigencia a partir del 1 de enero de 2000). Si bien, este Decreto no es aplicable al arrendamiento de *terrenos urbanos y sub-urbanos no edificados, fincas rurales, fondos de comercio,* entre otros (art. 3), tangencialmente abre las compuertas, para dar cabida a bienes de *inmuebles* susceptibles de usufructo y, que no quedarán marginados de los preceptos técnico-jurídicos de la ley especial. Este aserto coloca en el marco del Decreto un precipitado de reglas rectoras del negocio jurídico. Tales serán, por vía meramente ejemplificativa: la fijación del monto del canon, la disciplina de los pactos de subarrendamiento, de los dispositivos para garantizar el cumplimiento de obligaciones oriundas del convenio, prórroga legal, preferencia ofertiva, retracto legal arrendaticio, desalojo, procedimientos administrativos y judiciales, pago por consignación, repetición de alquileres indebidamente satisfechos, sanciones...

D) *Enajenación del derecho de usufructo*

El artículo 597 del Código Civil confiere al usufructuario la facultad de donar y ceder su derecho de usufructo. En otros términos, el titular del derecho real limitado en examen podrá ceder, *a título gratuito u oneroso,* el derecho que le ha sido conferido por cualquiera de los modos idóneos para generar tal resultado.

Se observa en este sector una profunda discrepancia con relación al alcance de la cesión. Conforme a una parcialidad (Roca Sastre, Beltrán de Heredia, cit. por Castán Tobeñas),[26] el vocablo *cesión,* recogido en el plano legislativo, envuelve únicamente la *transferencia* del ejercicio del usufructo y no del derecho real mismo. Este parecer se apoya en la siguiente motivación:

a) El carácter *personalísimo* del usufructo, que obstaría a cualquier sustitución del titular por un extraño

b) El principio de la subsistencia de la responsabilidad del cedente (usufructuario primitivo) consagrado legalmente, el cual revelaría por sí solo la persistencia de la materialidad del derecho en la esfera jurídica del titular.

En la vertiente opuesta militan los autores para quienes la "cesión" reviste la *transmisión del derecho del usufructuario,* de modo pleno y sin ningún límite, salvo el de la temporalidad del derecho cedido (Ortega Pardo, Castán Tobeñas, Lomonaco). La adhesión a esta postura traduce, lateralmente, la admisión de que el cesionario adquiere el *dere-*

26. *Derecho Civil español...,* II, p. 497.

cho real inherente a la cosa con dimensiones idénticas a las que presentaba para el usufructuario (cedente). El aserto significa que el usufructuario (cedente) queda marginado de la relación real, sin que la enajenación cree un derecho nuevo a favor del adquirente. El derecho transferido es el mismo que correspondía al cedente, sujeto a idénticas causas de extinción. Por otro lado, el cesionario estará sometido a las mismas obligaciones que pesaban sobre el cedente (usufructuario originario). Los efectos de la cesión se reducen a la duración de la vida del cedente o al término establecido por el título, y el acto traslativo ha de ser notificado al nudo propietario, quien podrá exigir una nueva caución al cesionario.[27]

Dentro del estado actual de la legislación venezolana, parece admisible el segundo de los criterios expuestos, dada la construcción de la norma citada. Por otra parte, el sistema normativo, no veda al usufructuario el derecho de asociar a un extraño en el goce o de cederle la totalidad de las ventajas, sin que ello produzca su desvinculación frente al nudo propietario.

E) *Hipoteca y prenda del derecho de usufructo*

El usufructuario de bienes inmuebles puede constituir hipoteca sobre su derecho (Código Civil, art. 1.881, numeral 2). La existencia del gravamen se limita a la duración del usufructo. El usufructo sobre bienes muebles es susceptible de constituir objeto de la garantía prendaria.

Se extinguen la hipoteca y la prenda con la extinción del usufructo.[28]

Siendo el usufructo un derecho de vida limitada, se aplicará la regla contenida en el artículo 1.892 del Código Civil. "Quien se contenta con una hipoteca sobre el simple usufructo no ignora cuánto es de

27. Palermo, Antonio: *Usufrutto, Uso, Abitazione*, p. 129.
28. *Cfr.* Bianchi, Emilio: *Delle ipoteche*, I, p. 349 y p. 550, N.° 306; y Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil*, II, p. 126. En contra, parcialmente, y con señalada argumentación: *v.* Ricci, Francesco: *Derecho civil teórico y práctico*, XX, pp. 16 y 17; y Venezian, Giacomo: *Op. cit.*, p. 684, tomo II. Según estos autores, la hipoteca se extingue con la muerte del usufructuario, por la expiración del término del usufructo y por la destrucción de la cosa, *pero no por consolidación.* Si el usufructo y la nuda propiedad se reúnen en la misma persona, la hipoteca subsiste. Si el usufructuario adquiere la nuda propiedad, la hipoteca sigue vigente, durante el usufructo, sin extenderse sobre la propiedad. Por lo demás, la nuda propiedad es hipotecable y la garantía se extiende al usufructo cuando se une al derecho del deudor una vez verificada la extinción.

efímera la garantía que con ello se ha procurado; sabe que la hipoteca está expuesta a extinguirse cuando se verifica la extinción del usufructo".[29] La consecuencia normada en el artículo 620 (cesación del usufucto por abuso que el usufructuario haga de su derecho e intervención de los acreedores del usufructuario en el juicio, con la finalidad de apuntalar sus derechos) no es una derogación de este aserto. El abuso del derecho por el usufructuario no es por sí solo causa de extinción del usufructo, ya que para verificarse este efecto final se requiere un pronunciamiento judicial, y el legislador admite que tal decisión pueda detenerse adoptando las providencias estatuidas en la norma citada.

F) *Otros actos de disposición del usufructuario*

De modo genérico, el usufructuario puede constituir derechos de contenido igual o menor que el usufructo.[30] La doctrina rehúsa dar cabida a la constitución de *enfiteusis* sin el consentimiento del nudo propietario, o de *servidumbres pasivas* que graven el predio dado en usufructo. Pero nada impide la creación de un *usufructo* (derivado), lo mismo que de los derechos de *uso* y de habitación. No obstante, el nudo propietario, es totalmente extraño a la relación vinculante entre el usufructuario y el titular del derecho derivado, expuesto siempre a sucumbir en su posición en las hipótesis de extinción –por cualquier causa– del usufructo.[31]

133. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

La doctrina suele repartir las obligaciones del usufructuario en tres grandes bloques, para facilitar su estudio: A) Obligaciones anteriores al ejercicio del derecho; B) Obligaciones durante el ejercicio del usufructo; C) Obligaciones subsistentes al finalizar el usufructo.

Algunas obligaciones agrupadas en estos núcleos, implican *prestaciones positivas* que imponen un *facere* o un *dare* (así: los deberes de dar garantía, de practicar inventario, de custodiar la cosa y de conservar su destino, de denunciar las usurpaciones imputables a terceros, de pagar los impuestos y las cargas que inciden sobre el bien), o *presta-*

29. Bianchi, Emilio: *Delle ipoteche*, pp. 551 y ss.
30. Palermo, Antonio: *Usufrutto, Uso, Abitazione*, p. 120.
31. Palermo, Antonio: *Op. cit.*, p. 121.

ciones negativas conectadas a un *non facere* o a un *pati* (de este modo: las obligaciones de no alterar la destinación económica y de soportar las reparaciones asignadas al propietario).[32]

A) *Obligaciones anteriores al ejercicio del derecho*

a) *Obligación de practicar inventario.* El usufructuario no puede entrar en posesión de la cosa sino después de hacer *inventario y descripción* de los muebles e inmuebles objetos de derecho real limitado, con citación del propietario (Código Civil, art. 601, par. 1). Los gastos inherentes a la formación del inventario correrán a cargo del usufructuario (Código Civil, art. 601, par. 2). La finalidad del acto consiste en facilitar el reconocimiento de los derechos del propietario y del estado en que se encuentran los bienes al entrar en posesión de ellos el titular del usufructo, y se halla estrechamente vinculado al deber de conservación de sustancia y forma (conservación de la destinación económica), colocado por el ordenamiento jurídico a cargo del mismo.[33]

La declaración del usufructuario tiene valor de *confesión extrajudicial*, no invalidable a menos que se pruebe que fue consecuencia de error de hecho.[34] No es, sin embargo, cierto que, a falta de inventario, se presuma que el usufructuario recibió los bienes en buen estado y que éste debe demostrar lo contrario.[35] Aunque no se haya hecho inventario, el usufructuario tiene derecho a los frutos; solamente se retarda la toma de posesión de la cosa.

El inventario puede ser judicial o extrajudicial y constar en documento público o privado.[36] Tratándose de usufructo sobre inmuebles, y debiendo ser constituido por documento registrado (Código Civil, art. 1.920, ap. 2) a los fines previstos en el art. 1.924, el mismo instrumento contendrá la descripción de los bienes, y servirá de inventario.

La dispensa del deber de practicar inventario, otorgada por el constituyente, ha de ser expresa. Tal exoneración no liquida el derecho que tiene el propietario de hacer que se lleve a cabo, junto con la descripción de los bienes, pero a sus expensas (Código Civil, art. 601, *in fine*).

---

32. Palermo, Antonio: *Usufrutto, Uso, Abitazione*, p. 53.
33. Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, II, pp. 8 y 9.
34. Venezian, Giacomo: *Op. cit.*, p. 17.
35. Nicolo-Giorgianni: *Loc. cit.*, p. 791.
36. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español...*, II, p. 515.

La dispensa de prestar caución no conlleva la exoneración de practicar inventario ni de hacer la descripción de los bienes.

b) *Obligación de dar caución.* El artículo 602 consagra el deber del usufructuario de dar caución de hacer uso de sus derechos como un buen padre de familia, pudiendo ser dispensado de ello en el título constitutivo del usufructo. El objeto de la caución es, por tanto, constituir una seguridad material del cumplimiento de las obligaciones provenientes del ejercicio del derecho, y se extiende a todas las que contraiga durante la vigencia del usufructo:[37] deber de reintegrar o restituir la cosa al finalizar el derecho, mantenimiento del goce dentro de los límites trazados por el título constitutivo o la ley, resarcimiento de los daños, etc.

No pudiendo ser determinado el monto exacto del resarcimiento, por los posibles perjuicios que la conducta contraria a los deberes asumidos cause al propietario, la forma de caución generalmente empleada es la fianza, aun cuando no se descartan las garantías reales sobre bienes del usufructuario o de un tercero.[38]

El usufructuario puede quedar exonerado de la obligación de prestar caución, *por el título constitutivo o por la ley.* En cuanto a la dispensa contenida en el título constitutivo, la misma puede ser expresa o inferirse de la exoneración de practicar inventario.[39] Legalmente quedan exceptuados de las premisas condicionantes de ese deber: El vendedor y el donante con reserva de usufructo (Código Civil, art. 602, par. 2). No obstante, los usufructuarios exonerados deberán dar caución cuando, por haber desmejorado la situación económica del usufructuario, el Tribunal encuentre justificada esa medida (Código Civil, art. 602, *in fine*). Se observa que, en este último supuesto, la exoneración del deber hace necesaria la intervención del organismo jurisdiccional, a instancia del propietario, con la finalidad de provocar un mandamiento para que el usufructuario preste la garantía.

Si el usufructuario no diere caución *suficiente*, entran en juego las providencias sustitutivas de la plena garantía, contenidas en el artículo 603: *providencias conservatorias.* Tales providencias difieren según la naturaleza de los bienes objeto del usufructo:

---

37. *Cfr.* Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, p. 48.
38. Venezian, Giacomo: *Op. cit.*, II, p. 50; Nicolo-Giorgianni: *Loc. cit.*, p. 792.
39. Nicolo-Giorgianni: *Loc. cit.*, p. 792.

a) Los *inmuebles* se arrendarán o se colocarán bajo administración, salvo la facultad del usufructuario de hacerse señalar, para su *propia habitación*, una casa comprendida en el usufructo, no pudiendo arrendarle ni cederla en goce. Los cánones de arrendamiento ingresarán al patrimonio del titular del derecho real limitado.

b) El *dinero* comprendido en el usufructo se colocará a *interés*. El usufructuario tendrá derecho a los frutos civiles en tal caso.

c) Los *títulos al portador* se convertirán en nominativos a favor del propietario, con anotación del usufructo.

d) Los *géneros* se venderán y su precio se colocará a interés. También en este supuesto los intereses pertenecerán al usufructuario.

Si el usufructuario *no diere caución*, el propietario está facultado para pedir que los muebles que se *deterioren con el uso* sean vendidos, y que su precio se coloque a interés, gozando de éste el usufructuario. Los muebles comprendidos en el usufructo, necesarios al uso personal del usufructuario y de su familia, se le entregarán bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta los deterioros provenientes del tiempo y del uso legítimo (Código Civil, art. 604).

El artículo 605 del Código Civil erige una regla adicional relacionada con el *retardo* en prestar caución: por una parte, tal circunstancia no priva al usufructuario del derecho sobre los *frutos;* por la otra, el usufructuario podrá reclamar la administración de los bienes usufructuados, prestando la caución a que está obligado y respetando los actos legalmente ejecutados.

B) *Obligaciones durante el ejercicio del usufructo*

Los límites que debe respetar el usufructuario durante la vigencia del goce y la obligación de usar las cosas como un buen padre de familia, han sido referidos, a menudo, a la estructura del derecho real sobre la cosa ajena.[40]

a) *Obligaciones referentes a la custodia y conservación de la cosa.* El usufructuario está obligado a poner en conocimiento del propietario las usurpaciones o atentados cometidos en la cosa por un tercero. La conducta opuesta condiciona el nacimiento de responsabilidad, por los daños que pudiera sufrir el propietario (Código Civil, art. 615).

40. Nicolo-Giorgianni: *Loc. cit.*, p. 793.

De igual modo, el usufructuario ha de observar la diligencia de un buen padre de familia para evitar que, por el hecho del hombre o de la naturaleza, sobrevengan daños a las cosas. No será responsable, sin embargo, por culpa leve. Por este motivo, debe realizar las *reparaciones menores* que requieran los bienes y también las mayores que se hayan ocasionado por haber omitido las primeras después de la apertura del usufructo (Código Civil, art. 606). En cualquier otro caso, las reparaciones mayores están a cargo del propietario, pero si el usufructuario las hiciere, tendrá derecho al reembolso, sin interés alguno, del valor de las obras ejecutadas, si subsiste la utilidad al tiempo de la cesación del usufructo (Código Civil, art. 607). Si el usufructuario no aportare las cantidades necesarias para efectuar las reparaciones mayores y, el propietario quisiere ejecutarlas a sus expensas, el usufructuario le pagará durante el usufructo los intereses de las sumas invertidas (Código Civil, art. 608). El artículo 609 conceptúa como *obras o reparaciones mayores* las que ocurran *por una vez* o *a largos intervalos* y conciernan a la *conservación y permanente utilidad* de la cosa.

b) *Obligaciones referentes a las contribuciones y cargas.* La obligación de pagar las *cargas anuales* a que esté sometido al fundo recae sobre el usufructuario. Tales cargas se relacionan con las contribuciones, cánones y demás gravámenes que, según la *costumbre*, recaen sobre los *frutos*. Las *cargas inherentes* a la propiedad inciden sobre el propietario, pero el usufructuario le debe los intereses de las cantidades erogadas. Si el usufructuario anticipa su pago, tiene derecho al reembolso del *capital* al finalizar el usufructo (Código Civil, art. 611), pero no percibirá intereses por las sumas adelantadas.

El usufructuario *a título particular* de bienes gravados con hipoteca no está obligado al pago de las deudas respaldadas por la garantía, y si hiciere el pago tiene derecho a que el propietario le indemnice (Código Civil, art. 612). Tratándose de usufructuarios a *título universal*, quedan éstos obligados, totalmente o en proporción a la cuota respectiva (cousufructo de bienes hereditarios), al pago de las pensiones que afecten la herencia y de los intereses de las deudas. En la hipótesis de pago de *capitales*, el Código (art. 613) establece dos reglas: a) Si el usufructuario anticipa la suma con la cual deben contribuir los bienes sujetos a usufructo, se le devolverá al término de éste el capital sin los intereses; b) Si el usufructuario no quiere hacer la anticipación, el

propietario puede optar por pagar la suma, en cuyo caso el usufructuario debe cancelarle los intereses de esta cantidad durante la vigencia del usufructuto, o hacer vender una parte de los bienes objeto del usufructo hasta concurrencia de la suma debida.

c) *Obligaciones referentes a los gastos de pleitos.* El usufructuario asume el deber de soportar los gastos causados por los procesos judiciales relativos a los bienes usufructuados, y está obligado a sufrir las condenas a que los mismos pleitos den lugar (Código Civil, art. 614, primera parte). Si los pleitos se relacionan, simultáneamente, con el usufructo y con el derecho de propiedad, los gastos y condenaciones serán repartidos entre el usufructuario y el nudo propietario en proporción al interés respectivo (Código Civil, art. 614, segunda parte).

C) *Obligaciones al fin del usufructo*

a) *Restitución del bien al propietario.* Consecuencia normalmente conectada a la cesación del derecho real limitado en estudio, es la obligación de restituir al propietario el goce pleno del derecho sobre la cosa. Esta obligación varía de acuerdo con la estructura del usufructo y el contenido del goce. Versando sobre *cosas consumibles* y sobre *animales,* la obligación de restituir se resuelve en el pago del valor que arroje la estimación practicada al comienzo del usufructo, en el primer caso. Para el usufructo sobre animales, o sobre rebaños, piaras, etc., se observarán las reglas contenidas en los artículos 616, 617 y 618 del Código Civil.

Si el usufructo tuvo por objeto *bienes deteriorables,* el deber jurídico a cargo del usufructuario se concreta a la devolución de los bienes en el estado en que se encuentren, pero debe indemnizar al propietario por el deterioro imputable a dolo o culpa (Código Civil, art. 590).

b) *Obligación de resarcir los daños.* Mejoras. Al finalizar el derecho no podrá el usufructuario reclamar indemnización alguna por concepto de mejoras que haya hecho a la cosa, aunque las mismas hubieren incrementado su valor. Pero este aumento de valor puede compensar los deterioros sufridos por la cosa *sin culpa grave* del usufructuario. No habiendo lugar a dicha compensación, el usufructuario podrá retirar las mejoras, siempre que lo haga en provecho propio y sin menoscabo de la cosa objeto del derecho extinguido, a menos que el propietario prefiera retenerlas pagando al usufructuario el valor que pudieran tener separándolas (Código Civil, art. 600).

En los demás supuestos, el usufructuario está obligado al resarcimiento de los daños que su conducta, o la actuación de las personas por las cuales es civilmente responsable, hayan producido a la cosa.

134. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

Los artículos 619 y siguientes del Código Civil regulan las causales de extinción del derecho real de usufructo. Sistemáticamente, las mismas son agrupadas en el siguiente cuadro:

A) *Muerte del usufructuario*

Cuando es *vitalicio,* el usufructo se extingue por la muerte del beneficiario. Si es *temporal* (usufructo por tiempo determinado) y el usufructuario muere antes de consumarse el término por el cual fue constituido, el usufructo pasa a los herederos del usufructuario (CC., arg. art. 619).[41]

En caso de *usufructo sucesivo* (Código Civil, art. 584, ap. a), el derecho sólo aprovechará a las personas que existan cuando se abra el derecho del primer usufructuario.

La doctrina admite que en el usufructo constituido *simultáneamente* a favor de varias personas es concebible el *derecho de acrecer* entre los cousufructuarios. Esta resultante se origina tanto en el usufructo constituido por testamento como en el creado por negocios jurídicos *inter vivos.* No significa una sucesión de los cousufructuarios sobrevivientes, sino la ampliación de sus derechos por eliminación de la presión que ejercía la concurrencia del fallecido.[42] Sobre el derecho de acrecer entre coherederos o colegatarios de un usufructo, *cfr.* artículo 948 del Código Civil.

El usufructo constituido a favor de *personas jurídicas* (colectivas) se extingue por la desaparición de estas últimas. A fin de eliminar cualquier vestigio de *usufructo perpetuo,* el Código Civil limita la vigencia del derecho, en este caso, a un lapso de treinta años (art. 584, *in fine).*

41. Sobre esta reforma del Código Civil de 1942, *véase,* Bastidas, Luis I.: *Comentarios y reparos al Proyecto del Código Civil,* II, pp. 102 a 104. Igual solución no es predicable en el derecho mexicano (*v.,* Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil,* II, p. 130).

42. Barassi, Lodovico: *I diritti reali limitati,* p. 180.

B) *Renuncia*

Aun cuando el Código Civil no menciona esta causal de terminación del usufructo, se infiere de la naturaleza misma del derecho. La renuncia consiste en un acto jurídico *unilateral*, abdicativo, que no requiere, para su perfeccionamiento, del consentimiento del propietario. Exige, sin embargo, la manifestación expresa de voluntad del usufructuario, con lo cual lógicamente se rechaza, en doctrina, la renuncia tácita. Si el usufructo versa sobre bienes inmuebles, la eficacia de la renuncia, frente a terceros que hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre tales bienes, está condicionada a la transcripción registral del instrumento que lo contenga (Código Civil, arts. 1.920, numeral 3, y 1.924).

Una vez formulada, la renuncia es *irrevocable*.

C) *Expiración del término*

En ningún caso el usufructo *temporal* (usufructo por tiempo determinado) puede exceder de treinta años (Código Civil, art. 619, ap. 2). Tampoco puede exceder de treinta años el usufructo establecido en favor de Municipalidades u otras personas jurídicas (CC., art. 584, *in fine*). El cumplimiento del término, pone fin a los derechos del beneficiario y da nacimiento a todas las obligaciones consecuenciales, señaladas en la sección anterior. (N.° 133, C).

D) *Consolidación*

La reunión en una misma persona de las cualidades de usufructuario y propietario produce la extinción del usufructo. La consolidación puede estar vinculada a la renuncia del usufructuario. A través de la misma, por su fuerza expansiva, el derecho de propiedad recupera su fisonomía normal.

E) *Prescripción extintiva*

El usufructo se extingue por el no uso (desuso) durante *quince años*. Siendo este un lapso de prescripción (no de caducidad), le son aplicables las reglas relativas a este instituto.

F) *Perecimiento de la cosa*

Al desaparecer totalmente la cosa que constituye el punto de incidencia del derecho real limitado de goce, el usufructo carecerá de base adecuada de sustentación. Pero si la cosa sólo perece *parcialmente*, el usufructo se reducirá, conservando el titular derechos sobre la fracción

remanente (Código Civil, art. 622). Si el usufructo recae sobre un fundo del que forme parte un edificio y éste se destruye, el usufructuario conservará el goce del área de terreno y de los materiales (Código Civil, art. 623). Igual consecuencia se aplica al usufructo constituido únicamente sobre un edificio; pero el propietario que quisiere construir un nuevo edificio, tendrá derecho a ocupar el área valiéndose de los materiales, pagando al usufructuario, durante la vigencia del usufructo, los intereses del valor del área y de los materiales (Código Civil, art. 623, pár. 2).

Si los bienes estuvieran amparados por un *seguro*, y se produjere la destrucción, el usufructo se traslada *al valor del seguro* –subrogación real–, si el propietario y el usufructuario (de común acuerdo) no lo destinan a la construcción o adquisición de otros equivalentes, o a la reconstrucción de las cosas deterioradas. En estos últimos supuestos, el usufructo continuará sobre los nuevos bienes o sobre el bien reconstruido (Código Civil, art. 623, pár. 3).

Conforme a la legislación venezolana, el usufructo constituido sobre una cosa que ha sido *expropiada*, se traslada al valor proveniente de la expropiación, si el propietario y el usufructuario no lo destinaren a la adquisición de un *bien equivalente*, sobre el cual continuará el usufructo.

Si la cosa solamente ha experimentado una transformación, la doctrina italiana durante la vigencia del Código de 1865, sostuvo la mutación del derecho real en derecho de crédito del usufructuario frente al propietario.[43] Esta opinión, sin embargo, no es compartida generalmente por las parcialidades que consideran la circunstancia descrita como un hecho condicionante de la extinción del usufructo. En realidad, la postura correcta parece localizarse en otro sentido: la subsistencia del usufructo aunque modificado en su contenido.[44]

G) *Extralimitación del usufructuario*

El usufructo *puede* también extinguirse por el abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando los bienes, deteriorándolos o dejándolos perecer por falta de las reparaciones menores (Código Civil, art. 620, primera parte). La liquidación del usufructo en esta hipótesis no opera *ipso jure;* debe ser pronunciada por el organismo jurisdiccional competente.

43. Nicolo-Giorgianni: *Loc. cit.*, p. 800.
44. Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 481.

El juez, según las circunstancias, puede en esos casos, **también**, ordenar que el usufructuario dé *caución*, aunque estuviere exonerado por el título, que los bienes se den en arrendamiento o se coloquen bajo administración a expensas de éste, o que el disfrute se reintegre al propietario, quien anualmente pagará al usufructuario o a sus causahabientes una cantidad determinada por el tiempo del usufructo (Código Civil, art. 620, pár. 2).

Los *acreedores del usufructuario* están autorizados para intervenir en el juicio a fin de conservar sus derechos, ofrecer reparación de los daños y dar caución para el porvenir (Código Civil, art. 620, ***in fine***).

135. LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

Nociones básicas

Con frecuencia la doctrina subraya la analogía entre los derechos mencionados en este rubro y el usufructo, dada la raíz común de las tres figuras: derechos reales (de goce) sobre la cosa ajena.

El titular del derecho de *uso* se halla facultado para utilizar la cosa (de ordinario, un fundo: Código Civil, art. 624) y obtener sus frutos, pero en medida limitada a sus necesidades y a las de su familia.

El *derecho (real) de habitación* "consiste en el poder de habitar en una casa, limitadamente a las necesidades propias y de la propia familia".[45]

También en la doctrina se suele asimilar –a los fines de su estudio– el derecho de habitación al de uso.[46]

Por su *constitución* destacan notas dispares entre el uso, la habitación, y el usufructo. En cuanto al objeto, el usufructo y el uso pueden recaer sobre cualquier especie de bienes; el derecho de habitación versa sólo sobre *edificaciones*. Por el *contenido*, el usufructo y el uso envuelven la facultad de aprovecharse de los frutos –aunque el poder del

45. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 488.
46. *Cfr.*, por ejemplo, Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, II, p. 534. Pero, según Messineo (*Manual...*, III, p. 488): "El derecho de habitación no puede considerarse como variedad del derecho de uso, puesto que, cuando se trate del derecho de uso de una casa, ésta puede utilizarse de manera diversa que viviendo en ella: en cambio, el derecho de habitación no puede ejercitarse de otro modo que no sea viviendo en la casa".

usufructuario es más amplio y abarca *todos los frutos*, en tanto que el derecho del usuario se limita en la forma expresada–. El derecho de habitación otorga al titular sólo el uso (de una casa), restringido a las necesidades de éste y de su familia.

Los derechos de uso y habitación no pueden ser cedidos ni arrendados (Código Civil, art. 630).[47]

Las figuras típicas en estudio se rigen por las disposiciones del título constitutivo, que puede ampliar o reducir el ámbito de las facultades conferidas a sus titulares.[48]

En su defecto, se aplicarán las normas del Código Civil especialmente dirigidas a su disciplina y, en todo lo demás, los dispositivos técnicos del usufructo (normas supletorias).

136. DISCIPLINA NORMATIVA DEL USO Y DE LA HABITACIÓN

A) *Indivisibilidad del uso y la habitación*

Los derechos reales de uso y habitación son *indivisibles*. También aquí se localiza una diferencia con el usufructo. Siendo indivisibles las necesidades del usuario y del habitacionista y su familia, y, por tanto, incomunicables a otros sujetos, los derechos correrán la misma suerte.

Tal carácter elimina el *derecho a acrecer* entre colegatarios del uso y de la habitación.[49] Excepcionalmente, la indivisibilidad es derogable por voluntad del constituyente expresada en el título.

47. *V.*, Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, II, pp. 534 y 535.
48. Por ejemplo, *v.*, también: Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, pp. 827 y siguientes. Acertada resulta la acotación de la profesora Maria Helena Diniz. (*Código Civil anotado*, Edit. Saraiva, 3ª ed., Sao Paulo, 1997, pp. 572 y 573) referida al *derecho de uso:* "Las necesidades personales del usuario serán evaluadas conforme a su condición social y el lugar donde vive [...] El uso no es inmutable. Podrá ser ampliado o disminuido si hubiere aumento o disminución de las necesidades personales del usuario, teniendo por base su condición social y el local donde vive, pues es posible que haya un ascenso de su condición social." En este caso podrá utilizar "frutos o rendimiento que satisfagan tal orden de nuevas necesidades", pero no podrá utilizar frutos naturales, industriales o civiles que traspasen el "límite ideal de esas necesidades".
49. *Cfr.* Ricci, Francesco: Voz: "Abitazione e uso", en *Nuovo Digesto italiano*, I, p. 39.

B) *Inalienabilidad del uso y la habitación*

El artículo 630 del Código Civil prohíbe la cesión de los derechos de uso y de habitación.

Como corolario obligado, ambos institutos no podrán ser objeto de medidas judiciales de *ejecución*, que desembocarían en la transferencia de los derechos a sujetos distintos de los beneficiarios originales. A pesar de ello, los frutos percibidos por el usuario (en la medida relativa antes explicada) son enajenables. El acto constitutivo puede dispensar al titular de la prohibición anotada.[50]

C) *Sujetos comprendidos en el término "familia" (CC., arts. 624 y 625)*

La doctrina ha tratado de formular un catálogo más o menos comprensivo del alcance del vocablo *familia*, utilizado como índice de las facultades dimanantes de los derechos de uso y de habitación, en su proyección subjetiva. La nómina de estas personas comprendería:

a) El *cónyuge*, exista o no el vínculo conyugal al momento de la constitución del uso o la habitación

b) Los *hijos*, incluso los nacidos después del inicio de los derechos. Mas no sería aceptable la prolongación del derecho a los descendientes de los hijos del beneficiario y a los cónyuges de estos últimos, ni a los afines.[51]

c) Los *ascendientes y colaterales*, incluidos generalmente por la doctrina si conviven con el usuario y el habitacionista, obligados a prestarles alimentos.[52]

D) *Derechos y obligaciones del usuario y del titular del derecho de habitación*

a) *Derecho a los frutos*. El usuario tiene la facultad de tomar los frutos en medida limitada a sus necesidades y a las de su familia. Puede configurarse, también, un uso de cosas *infructíferas*, cuyo contenido se limitará al solo goce de conformidad con su naturaleza.[53]

50. Ricci, Francesco: Voz citada, p. 38.
51. Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, II, p. 839.
52. Ricci, Francesco: *Loc. cit.*, p. 40, y Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, II, p. 839.
53. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, pp. 487 y 488.

La facultad del habitacionista se reduce a utilizar el inmueble para vivienda en la proporción legalmente descrita. Ahora bien, el *uso* de una casa comprende aprovechamientos distintos de los que pueden derivar de la *habitación*. El usuario, en efecto, dispondría de la facultad de instalar en ella un establecimiento mercantil, o una oficina, por ejemplo, para ejercer su profesión. El derecho real de habitación, por el contrario, satisface únicamente las necesidades de alojamiento, a menos que en el título se hubiere autorizado al beneficiario para derivar similares ventajas.[54]

b) *Transmisibilidad de los derechos de uso y habitación*. Vedado en principio por el ordenamiento jurídico, la transmisión del uso y la habitación tiene cabida, para algunos, por disposición expresa del constituyente (Manresa, De Buen y Valverde).[55]

c) *Obligación de practicar inventario y de dar caución*. Los derechos de uso y de habitación no podrán ejercerse sin caución previa y formal inventario de los muebles y descripción del estado de los inmuebles (Código Civil, art. 627), como en el caso del usufructo. De lo contrario, el usuario y el habitacionista no podrán tomar *posesión* de los bienes. El constituyente puede dispensar, en el título, de la obligación de prestar caución; si no lo hiciere, y según las circunstancias, la autoridad judicial puede acordar tal dispensa (Código Civil, art. 627).

d) *Comportamiento como "buen padre de familia"*. Tanto el usuario como el residente deben gozar de su derecho como "buenos padres de familia" (Código Civil, art. 628): No sólo están obligados a abstenerse de causar deterioros a la cosa, siendo responsables por los daños provenientes de culpa, sino que han de conservar la misma destinación dada al bien por el propietario.[56]

e) *Obligación de hacer las reparaciones y de aportar los gastos*. Los gastos de cultivo de un fundo recaen sobre el usuario que tomare los frutos. El habitacionista que ocupare toda la casa debe efectuar las reparaciones menores. Ambos corren con el pago de las contribuciones como el usufructuario. El uso o la ocupación par-

54. Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, p. 827.
55. Cit. por Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español...*, II, p. 536.
56. Ricci, Francesco: *Loc. cit.*, p. 40.

ciales de una casa, condicionan la disminución proporcional de las erogaciones (Código Civil, art. 629).

E) *Constitución y extinción del uso y la habitación*

La constitución y la extinción del uso y la habitación se rigen por las mismas normas aplicables al usufructo.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil.* I, Personas. Manuales de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1963.

Barassi, Ludovico: *I diritti reali limitati.* Dott. A. Giuffre, ed. Milán, 1947.

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato.* I.

Bastidas, Luis I.: *Comentarios y reparos al Proyecto de Código Civil.* Edit. Bolívar, Caracas, 1939-42.

Bianchi Emilio: *Delle ipoteche.* Vol. I. Eugenio Marghieri, Nápoles, 1896.

Collegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato.* G. Giappicheli, ed., Turín, 1960.

Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral.* II. 9ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

Espín Cánovas, Diego: *Manual de Derecho Civil español.* II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

Lomonaco, Giovanni: *Istituzioni di Diritto Civile italiano.* III. 2ª edición. Nicola Jovene, ed., Nápoles, 1894.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial.* III. Traducción, S. Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1954.

Nicolo, Rosario y Giorgianni, Michele: Voz "Usufrutto (Diritto Civile)". En *Nuovo Digesto Italiano,* XII-2.

Palermo, Antonio: *Usufrutto, uso, abitazione.* UTET, Turín, 1966.

Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil.* III. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953.

Ricci, Francesco: Voz "Abitazione e uso". En *Nuovo Digesto italiano,* tomo I.

Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil.* Vol II. Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Torrente, Andrea: *Manuale di Diritto Privato.* 5ª edición. Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1962.

Venezian, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación.* Tomo I. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

Villavicencio, Francisco: "*Salva rerum substantia* en el usufructo propio". En *Revista de Derecho Privado,* 1951, pp. 189 y ss.

Capítulo XVIII
El hogar

137. INTRODUCCIÓN

Formulada normativamente por vez primera en el Código Civil venezolano de 1896, la institución del hogar encuentra su antecedente más definido en el *homestead* consagrado en la ley de 26 de enero de 1839, del Estado de Texas (Estados Unidos de Norteamérica), acogido luego por otras leyes de algunos Estados de la Unión, hasta alcanzar regulación integral en la *Homestead Law* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, el 20 de mayo de 1862.

La ubicación topográfica de la institución en el esquema de materias del Código, dentro de las limitaciones de la propiedad (Libro II, Título III, Capítulo I, Sección Cuarta, art. 632 y siguientes), ha sido objetada con frecuencia. Tal colocación obedece, evidentemente, a la intención del legislador, de dotar al hogar de los caracteres específicos de los derechos reales limitados, parangonándolo al usufructo, el uso y la habitación, para conservarlo como desmembración autónoma del dominio pleno. El propósito no se ajusta, sin embargo, a la esencia misma de la figura. El simple hecho de que se inserte en el cuadro de los patrimonios separados (retro, Capítulo I, N.º 4, A) y se ordene conforme a una disciplina singularizada, es suficiente para imprimirle estabilidad en beneficio del núcleo familiar, al cual se pretende favo-

recer con su creación. Por ello, el lugar correspondiente habría de situarse dentro del régimen patrimonial de la familia, como es constante en otras legislaciones (así en México: CC., arts. 723 y ss.; en Brasil, arts. 70 y ss. del Código Civil; en Italia: CC., arts. 167 y ss., por vía de ejemplo).

138. NATURALEZA JURÍDICA

El hogar constituye un caso típico de *patrimonio separado*, investido de los caracteres del derecho real inmobiliario en el estado actual del ordenamiento jurídico venezolano, dada la anomalía anotada, y excluido absolutamente del patrimonio del beneficiario (constituyente o no) y de la prenda común de sus acreedores (Código Civil, arts. 632 y 639).

El conjunto unitario verificable en el Derecho Comparado se escinde en Venezuela en dos institutos con rangos distintivos propios: el hogar, recogido orgánicamente en el Código Civil, y el denominado *patrimonio familiar*, normado en la Ley de Reforma Agraria de 5 de marzo de 1960, cuya integración y mecanismo fueron explicados en otro capítulo (*retro*, Capítulo I, N.° 4, G). El presente estudio se refiere únicamente al hogar.

139. OBJETO

Conforme al artículo 635 del Código Civil, el hogar puede ser una casa en poblado o fuera de él, o una casa con terrenos de labor o cría, destinada a vivienda principal de la familia. Por extensión, la constitución de hogar puede recaer sobre un apartamento adquirido según las prescripciones técnicas de la Ley de Propiedad Horizontal.

El Código Civil italiano, autoriza la constitución del *patrimonio familiar* sobre inmuebles o *títulos de crédito* (CC. de 1942, art. 167, ap. 1). Sobre una casa (o sobre una porción dividida de una cosa) y las tierras colindantes o vecinas, ocupadas y explotadas por la familia, se permite la institución del *bien de familia* en Francia (art. 12 de la ley de 12 de julio de 1909, complementada por decreto de 26 de marzo de 1910, por la ley fin de 8 de abril de 1910 [art. 13: exención de derechos a favor de los bienes de familia inembargables], modificada por la ley de 14 de marzo de 1928, ley de 22 de febrero de 1931, ley de 13

de febrero de 1937, decreto-ley de 14 de junio de 1938, etc.); en Argentina (ley 14.394, art. 34: sobre inmuebles rurales o urbanos cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de la familia del constituyente, según las normas que se establezcan reglamentariamente); en México (Código Civil, art. 723: la institución recaerá sobre la casa de habitación de la familia y, en algunos casos, sobre una parcela cultivable); sobre un predio (Código Civil brasileño, art. 70).

140. CONSTITUCIÓN DEL HOGAR

El ordenamiento jurídico venezolano deja margen, en principio, para la constitución de un solo hogar: el del constituyente. Si una persona constituyere otro u otros, éstos se regirán por las disposiciones sobre donaciones (Código Civil, art. 634).

De la norma citada se infieren los corolarios siguientes:

a) La constitución de hogar no implica, en términos generales, enajenación del dominio. Por una parte, si el hogar se instituyó sobre un inmueble adscrito al dominio del constituyente, en su beneficio y en el de su familia, el derecho de propiedad no sufre desplazamiento alguno. Por otro lado, la constitución de hogar sobre bienes propios, pero en beneficio de terceros, conlleva la traslación del derecho de habitar el inmueble y de gozar de las prerrogativas que la ley instaura a favor del beneficiario y de su familia, mas no implica la transferencia del dominio (de modo expreso, *v.*, art. 724 del Código Civil mexicano).

b) La constitución de hogar a favor de persona distinta del constituyente, envuelve –por el contrario– la transmisión del dominio, si existe al efecto manifestación expresa de voluntad en el acto correspondiente (arg. art. 641, *in fine*).

c) En el estado actual de la legislación venezolana –y esta misma tendencia se observa en el derecho comparado– no es admisible la constitución de varios hogares en provecho de una misma persona.

En el derecho italiano, la constitución del patrimonio familiar puede originarse por obra de ambos cónyuges, de uno de ellos, o de un tercero, durante el matrimonio. Si se constituye por acto de un tercero, se da cabida a la institución por testamento (Código Civil italiano, art. 167, aparte 3). Por actos *inter vivos* la constitución por un tercero no

es perfecta, si no media la aceptación por ambos cónyuges o de aquel que resulte beneficiado por el acto. La aceptación puede constar de acto público posterior, el cual tendrá efecto desde el momento de su notificación al constituyente. El patrimonio familiar es susceptible de reducción si, al momento de la muerte del constituyente, resulta excedente de la porción de que podría disponer.[1]

El inmueble debe pertenecer al constituyente en plena propiedad (arg. art. 637, segunda parte). De tal modo, el usufructuario, por ejemplo, no podría constituir hogar sobre el inmueble cuyo goce le haya sido conferido.

El procedimiento constitutivo es desglosable del modo siguiente:

A) *Solicitud y pruebas documentales*

El interesado en constituir el hogar, deberá declararlo por escrito al juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar de situación del inmueble. En la solicitud deberá designar en forma clara y precisa las personas beneficiadas, si tal fuere el caso, y la situación, cabida, y linderos del inmueble, con descripción detallada del mismo (Código Civil, art. 637, párrafo 1). Las diligencias relativas a la constitución de hogar, incluso las del juicio de oposición que surgiere, no causarán derechos o emolumentos de ninguna especie.

En otras legislaciones, la institución deberá constar en escritura pública transcrita en el Registro de Inmuebles y publicada en la prensa local, o en la de la capital del Estado a falta de aquélla (Código Civil brasileño, art. 73). La constitución por testamento se admite en Italia (Código Civil, art. 167, ap. 3) y Argentina (Ley 14.394, art. 44, con las modalidades previstas en este dispositivo). La declaración de *homestead* en Estados Unidos, debe ser inscrita en la secretaría del condado donde se encuentren situados los bienes, y contendrá la prueba de que el solicitante es jefe de familia. Cuando la declaración provenga de la mujer, debe ésta demostrar que el marido no había hecho otra declaración y que la hace en interés común; se describirán los bienes con estimación del valor actual y se probará que el solicitante reside en el mismo predio que pretende constituir en *homestead*. Los efectos de la constitución se producen desde el momento de la inscripción en el registro que llevará la secretaría del condado.[2]

1. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 620.
2. Azara, Antonio: "Homestead", en *Nuovo Digesto italiano*, VI, p. 637.

Conforme al artículo 637, párrafo 2, del Código Civil venezolano, el interesado acompañará a la solicitud:

a) El título que acredite el derecho de propiedad sobre el bien;

b) Certificación expedida por el registrador en la cual se demuestre la inexistencia de gravámenes sobre el inmueble en los veinte años anteriores.

B) *Avalúo*

Será ordenado por el juez de Primera Instancia. El avalúo será practicado por tres peritos, elegidos, uno por el solicitante, otro por el juez, y un tercero por los dos peritos antes mencionados, o por el juez cuando aquéllos no estuvieren de acuerdo. El interesado puede abandonar el justiprecio al juicio de un solo perito nombrado por el juez (Código Civil, art. 638, párrafo 1). El justiprecio deberá versar sobre el valor actual del inmueble en el momento de la constitución en hogar.[3]

C) *Publicación de la solicitud*

El juez ordenará la publicación de la solicitud por carteles, en un periódico de la localidad (o en el que se edite en alguna de las poblaciones cercanas, si allí no lo hubiere) durante noventa días, una vez cada quince días, por lo menos. Las publicaciones cumplen el cometido, de llevar la solicitud a conocimiento de los interesados «que pretendan derechos de dominio u otros derechos reales en la casa destinada al hogar y de los que sean acreedores del constituyente».[4] La oposición formulada por terceros será resuelta por los trámites del juicio ordinario (Código Civil, art. 639, *in fine*).

D) *Declaración del organismo judicial. Protocolización y publicación*

Transcurridos los noventa días a que se refiere el artículo 638 del Código Civil, sin que hubiere hecho oposición ningún interesado, el tribunal declarará constituido el hogar. El tribunal ordenará que tanto la solicitud como la declaratoria se protocolicen en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente, se publiquen por la prensa y se anoten en el Registro de Comercio de la jurisdicción (Código Civil, art. 639).

3. Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano*, I, p. 702.
4. Dominici, Aníbal: *Comentarios...*, I, p. 703.

E) *Sanciones conectadas a la omisión de las formalidades*

El incumplimiento de las formalidades prescritas en los artículos 637 y siguientes, priva al hogar de los efectos que la ley le atribuye. Por otra parte, si las formalidades de protocolización y publicación, y anotación en el Registro de Comercio, no se hubieren realizado en el término de noventa días, quedará sin efecto la declaratoria del tribunal.

141. BENEFICIARIOS

Dentro del marco de los sujetos favorecidos por la institución figuran (Código Civil, art. 636):

a) Las personas que expresamente aparezcan designadas como beneficiarios del hogar en el acto dirigido a su constitución.

b) Si no hubieren sido determinadas claramente gozarán del hogar:

a') El cónyuge

b') Los ascendientes que se encuentren en estado de reclamar alimentos

c') Los hijos mientras permanezcan solteros

d') Los hijos mayores entredichos o inhabilitados por defecto intelectual.

Por lo demás, es necesario advertir que el hogar sólo puede constituirse en favor de las personas que existan en la época de su institución, o de los descendientes inmediatos por nacer de una persona determinada, sin menoscabo de los derechos correspondientes a los herederos legitimarios (CC, art. 633).

142. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONSTITUCIÓN DE HOGAR

El pronunciamiento del organismo jurisdiccional, formalmente adoptado, genera los efectos siguientes:

A) *La creación de un patrimonio separado,* de la «prenda común» de los acreedores del constituyente (Código Civil, art. 632).

B) *La inalienabilidad del inmueble* mientras subsista el instituto. El hogar no podrá tampoco ser objeto de gravámenes. Tales consecuencias son predicables con arreglo a la norma contenida en el art. 640, salvo los casos allí contemplados (*V., infra* N° 143, b).

El hogar queda colocado fuera del alcance de las medidas preventivas o de ejecución que puedan corresponder a los acreedores del beneficiario, aunque las obligaciones tengan su causa en actos anteriores a la constitución y consten de documento público o de sentencia ejecutoriada (Código Civil, art. 639, párrafo 1, conc. art. 1929, ordinal 5).

143. EXTINCIÓN DEL HOGAR

La cesación del instituto puede operar *totalmente* (con relación a todos los beneficiarios), lo cual implica el reingreso del inmueble al patrimonio global del propietario y a la prenda común de sus acreedores; o *parcialmente,* con relación a alguno de los beneficiarios o a un grupo reducido de ellos.

Ello puede acaecer:

a) *Por extinción del derecho,* como resultante de la desaparición de los supuestos condicionantes del artículo 636 del Código Civil. Así cuando, por ejemplo, siendo los únicos beneficiarios los hijos solteros, hayan contraído matrimonio; o, si constituido el hogar en beneficio de los hijos mayores entredichos o inhabilitados por defecto intelectual, es alzada la interdicción o la inhabilitación; o si fallecieren todos los beneficiarios designados en la solicitud.

b) *Por desafectación* (Código Civil, art. 640). El hogar no podrá enajenarse ni gravarse sin oírse previamente a *todas las personas* en cuyo favor se haya establecido, o a sus representantes legales, y mediante *autorización judicial.* Esta autorización sólo será otorgada por el tribunal en caso de *necesidad extrema*[5] y será sometida a la consulta del Tribunal Superior. La necesaria intervención ju-

5. La necesidad extrema debe parangonarse, en opinión de Dominici, a la «escasez de medios de subsistencia semejante a la indigencia» (*Comentarios...*, I, p. 705), apreciación ésta, a nuestro juicio, exagerada.

dicial hace, por consiguiente, ineficaz una simple renuncia, aunque al acto abdicativo concurra la totalidad de los favorecidos, para extinguir el hogar.

c) En los casos de *divorcio* o de *separación judicial de cuerpos*, el derecho al hogar corresponderá a quien se atribuya la guarda de los hijos. En la hipótesis de *nulidad de matrimonio* y para la determinación de las personas que conservan el derecho al hogar, la buena o la mala fe de los cónyuges desempeña un rol fundamental (*V.*, CC, art. 642, *in fine*, conc. art. 127).

Es de observarse que en la separación de cuerpos *convertida en divorcio*, la decisión de los cónyuges adoptada en el escrito de separación –por lo que atañe al hogar– no perjudica a los demás beneficiarios, pero si no se produjere ese acuerdo el Juez, determinará cuál de ellos gozará del derecho, o lo declarará extinguido según las circunstancias.

d) En los casos de *divorcio* o de *separación judicial de cuerpos* y dada la *inexistencia de hijos*, el hogar quedará *extinguido*, a menos que hubieren otros descendientes y el hogar hubiese sido constituido también a favor de ellos (CC, art. 642, párrafo 2).

e) *La muerte de alguno de los beneficiarios.* El hogar subsiste para las demás personas en cuyo beneficio se haya instituido.

f) *La mala conducta notoria* de los beneficiarios mayores de edad les hace perder su derecho al hogar, pero éste subsiste a favor de los demás no comprendidos en tal supuesto (arg. art. 643 CC).

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil.* I, Personas. Manuales de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1963.

Azara, Antonio: Voz "Homestead". En *Nuovo Digesto Italiano,* VI.

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano.* I. 6ª edición. UTET, Turín, 1962.

Dominici, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896).* I. Editorial Rea, Caracas, 1962.

Capítulo XIX
Limitaciones legales de la propiedad predial y servidumbres

144. RÉGIMEN ESTRUCTURAL EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Durante el proceso de reforma del Código Civil en 1942, fue alterada la nomenclatura del Código derogado (de 1922) con relación a las limitaciones legales a la propiedad predial y a las servidumbres prediales. Los textos positivos precedentes, en efecto, se hallaban recortados, en esta materia, sobre el modelo italiano de 1865. De este modo, en el capítulo genérico destinado a la disciplina de las "servidumbres prediales" se distribuía en dos secciones: el grupo de normas rectoras de las *servidumbres establecidas por la ley* (servidumbres que derivan de la situación de los lugares; derecho de paso, de acueducto y de conductores eléctricos; medianería; distancias y obras intermedias requeridas para ciertas construcciones, excavaciones y plantaciones; luces y vistas de la propiedad del vecino; y desagüe de los techos), y el sector referente a las *servidumbres establecidas por el hombre.*

Considerada impropia esta distribución por la Comisión de Reforma, creyeron conveniente sus miembros escindir las limitaciones de la propiedad en dos capítulos: el primero, destinado a la disciplina del usufructo, el uso, la habitación y el hogar; y el segundo, dirigido a las limitaciones legales de la propiedad predial (Sección I) y a las servidumbres prediales (Sección II).[1]

Mediante el nuevo reparto de materias, se ha logrado impartir una adecuada ubicación al grupo de normas, que sólo representan limitaciones al *contenido normal del derecho de propiedad* en virtud de las relaciones de vecindad, desligándolo de la envoltura de servidumbres coactivas (servidumbres legales o establecidas por la Ley),[2] constante en los Códigos anteriores y en algunos textos positivos extranjeros (CC. italiano de 1942, por ejemplo). En el estado actual del derecho positivo venezolano, por tanto, la colocación de muchos casos típicos de las antiguas servidumbres legales, dentro del rubro de las limitaciones legales, modifica sustancialmente la armazón tradicional, según la cual en la esfera del derecho de propiedad se observan dos órdenes de limitaciones:

A) Las que proceden de la reglamentación general del dominio, referidas a razones de intereses generales superiores (y cuya descripción más acabada es localizable en los reglamentos de policía administrativa) y

B) Las que derivan de la *necesaria coexistencia* de los predios, receptáculo dentro del cual se subsumen las necesarias limitaciones recíprocas a los diversos inmuebles, en orden a su situación; cargas que inciden sobre todos los inmuebles por igual y *no dan lugar a indemnización;* y las *servidumbres coactivas,* caracterizadas por no aplicarse a todos los propietarios cuyos predios se encuentren en determinada situación respecto de otros y, cuya constitución no se verifica *ex lege,* sino que "facultan a los propietarios que en esa particular situación se

1. Abandonadas por casi todas las legislaciones, las servidumbres personales, un denso sector de la doctrina considera redundante el calificativo «prediales» aplicado al derecho real limitado en cuestión.
2. «Los límites dentro de los cuales el ordenamiento jurídico garantiza al propietario su libre voluntad, se han de señalar *negativamente*... o sea, mediante la indicación de las posibilidades de señorío excluidas al propietario o permitidas a otro que no sea el propietario». Wolff, Martín: "Derecho de Cosas", tomo III del *Tratado de Derecho Civil,* de Enneccerus, Kipp y Wolff. Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, 8ª revisión. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1936, p. 306.

encuentren, a exigir que la limitación de otro se constituya en su propio y particular interés".[3]

Para este esquema tradicional, las *limitaciones legales* son cargas impuestas *ex lege* a un fundo, en provecho de otro, por razón de la situación de los lugares, y en los cuales es difícil percibir uno de los elementos condicionantes de la servidumbre: la existencia del predio dominante y del predio sirviente; o cargas en las que destaca, simplemente, la *necesidad* de adoptar fórmulas encaminadas a favorecer el normal despliegue de los poderes ínsitos al dominio. En otros supuestos, por el contrario, la aparición de la limitación deriva del derecho conferido al propietario de un fundo, dada la situación desfavorable en que éste se encuentra, de obtener la imposición de una auténtica servidumbre (y por ello, coactiva), mediante una *contrapartida:* el pago de una indemnización al propietario que ha de soportarla. En este caso, la carga impuesta al fundo procede de una sentencia, que sustituye al acuerdo a que las partes normalmente hubieran llegado, y la indemnización se justifica por el aumento evidente de la utilidad experimentada por el fundo dominante, en detrimento –o a costa– del predio que sufre la carga.[4]

145. LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD PREDIAL

Dentro del Código Civil venezolano, las limitaciones legales a la propiedad predial surgen como restricciones al contenido normal del ejercicio del derecho de propiedad, y están presididas por el criterio de utilidad. Pero más allá de esta simple observacion, es permisible una distinción entre las limitaciones legales de la propiedad predial, las cuales tienen por objeto la *utilidad pública* (conservación de los bosques, paso por las orillas de los ríos y canales navegables, navegación aérea, construcción y reparación de camiones y otras obras públicas), y las que tienen por objeto la *utilidad privada,* cuyo régimen se funda en las reglas normativas contenidas en el Código Civil (arts. 647 y ss.) y en las leyes y ordenanzas sobre policía (*v.,* Código Civil, arts. 644 y 646).

3. Roca Juan, J.: *De las servidumbres.* Colección Nereo, Barcelona, 1961, pp. 1 y ss.
4. *Cfr.* Torrente, Andrea: *Manuale de Diritto Privato,* pp. 251, 278 y 279, y Roca, Juan: *De las servidumbres,* p. 3.

La expresada remisión del Código Civil a las normas especiales enmarcadas en un ámbito exorbitante del derecho privado, conduce la investigación de las diversas restricciones del contenido del dominio hacia un abultado conjunto de dispositivos técnicos (ordenanzas municipales, resoluciones administrativas, reglamentos, etc.), cuya enumeración desbordaría los linderos de esta explicación.

Las limitaciones legales a la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad privada –penetradas, sin embargo, por las restricciones provenientes de disposiciones normativas especiales–, a las cuales alude el Código Civil, son:

A) Las que derivan de la situación de los lugares:

a) La carga impuesta a los fundos inferiores de recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre caen de los superiores, y la tierra o piedras que arrastran en su curso (Código Civil, art. 647);

b) Las reparaciones o construcciones necesarias de riberas o diques (Código Civil, art. 648);

c) El derecho de los propietarios de fundos inferiores sobre las aguas de manantiales que nazcan en predios superiores (Código Civil, arts. 650 y ss.);

d) La prohibición de talar o quemar bosques en las cabeceras de ríos y vertientes.

B) El derecho de paso, de acueducto y de conductores eléctricos, dentro del que se incluye el derecho de paso forzoso (Código Civil, arts. 660 y ss.), de acueducto (CC., 667 a 682) y de conductores eléctricos (art. 683, que expresamente reenvía a la Ley de Servidumbre de Conductores Eléctricos de 19 de julio de 1928).

C) La medianería (Código Civil, arts. 684 a 699).

D) Las distancias y obras intermedias requeridas para ciertas construcciones, excavaciones, plantaciones y establecimientos (Código Civil, arts. 700 a 703).

E) Las luces y vistas de la propiedad del vecino (Código Civil, arts. 704 a 707).

F) El desagüe de los techos (Código Civil, art. 708).

146. LA NATURALEZA DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres no consisten en el ejercicio fraccionario de los poderes integrados al dominio pleno. La propiedad es un derecho unitario, no la suma de derechos susceptibles de parcelamiento. Por ello, la creación del derecho real de servidumbre involucra únicamente una limitación al ejercicio de las facultades que, normalmente, le están atribuidas al titular. Así, la constitución de una servidumbre de paso en favor del propietario del fundo contiguo, no significa la cesión de una parte del dominio sobre el propio fundo, desde luego que el propietario (concedente) mantiene su derecho de pasar sobre el predio, aunque haya limitado (voluntariamente) el ejercicio exclusivo, y excluyente, de tal prerrogativa.[5]

Las servidumbres son, por esto mismo, "participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro"[6] y, por consiguiente, un derecho real limitado sobre la cosa ajena, matizado (diferencia específica) por la utilidad o ventaja que un fundo (sirviente) presta a otro (dominante). Tal ángulo visual no envuelve, sin embargo, la creación de una relación jurídica vinculante de dos bienes, desde el momento en que los beneficiarios de las ventajas o quienes han de soportar las cargas son, en último término, los propietarios de los fundos dominante y sirviente, siendo ellos los sujetos conectados por la relación real.[7]

147. CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES

De conformidad con la catalogación elaborada por el profesor José Castán Tobeñas,[8] ampliada en otras fuentes doctrinales, los caracteres fundamentales de las servidumbres pueden disponerse en la siguiente forma:

5. Zappulli, Carlo: Voz «Servitù» (Parte Generale), en *Nuovo Digesto italiano*, XII, p. 146.
6. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*, II, p. 545.
7. Por ello, Rojina Villegas: (*Compendio de Derecho Civil*, II, Antigua Librería Robredo, México, 1963, p. 135) rechaza enérgicamente la idea de la tesis tradicional que conecta el derecho a favor de un fundo y a cargo de otro y prefiere definir las servidumbres como «gravámenes reales que se imponen en favor del dueño de un predio y a cargo de otro fundo propiedad de distinto dueño, para beneficio o mayor utilidad del primero».
8. *Derecho Civil...*, II, pp. 548 y ss.

A) La servidumbre es un *derecho real.*

B) La servidumbre *recae sobre la cosa ajena.*

C) La servidumbre es una *limitación del derecho común de propiedad.*

D) La servidumbre constituye *una relación "entre predios".*[9]

A) *La servidumbre es un derecho real*

De su naturaleza jurídica derivan los corolarios siguientes:

a) La servidumbre recae sobre la cosa misma y confiere a su titular una acción real (la acción *confesoria)* característica.

b) Para la concepción clásica, la servidumbre no puede manifestarse más que en un *pati* (soportar) –tolerar el paso del vecino por el fundo que nos pertenece, por ejemplo– o en un *non facere* –no elevar la construcción existente en el fundo propio, por ejemplo–, que se traduce en la omisión de una conducta que normalmente hubiera podido observar el dueño en ejercicio del derecho de propiedad. Para la misma dirección clásica, la servidumbre no puede consistir en el derecho de exigir a un obligado un *facere.*[10] Un deber de este rango tendrá sólo carácter personal y no real *(servitus in faciendo consistere nequit),* o, dicho en otra forma, un *facere* no constituirá nunca el contenido principal de una servidumbre.

La última cuestión sugerida se conecta directamente al debate sobre la existencia de los derechos reales *in faciendo,* en los que el deber universal de respeto es marginado por la pretensión a una *prestación positiva* del obligado, en favor de quien se halle en una determinada posición (de dominación) respecto de la cosa (*retro,* Capítulo V, N.° 27). De admitirse la posibilidad de un deber jurídico de este matiz, estaríamos en presencia de un *intermediario determinado* en el vínculo obligatorio "real".

9. Burdese señala las siguientes notas típicas: a) La servidumbre es un derecho real; b) La servidumbre es un derecho real de contenido especial: la carga impuesta al fundo implica sólo una utilización parcial y determinada de un predio; c) La servidumbre es un derecho real inmobiliario; d) El contenido de la servidumbre está determinado por su destinación a la utilidad del fundo dominante; e) La titularidad de la servidumbre es accesoria respecto de la titularidad de los derechos que otorgan a un sujeto la utilización del fundo dominante (Burdese, Alberto: *Servitú prediali.* Casa editrice Dr. Francesco Vallardi, ed., Milán, 1960).

10. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.,* p. 148; Burdese, Alberto: *Servitú...,* p. 8.

En Francia, particularmente, una jurisprudencia progresiva ha ampliado la noción de servidumbre para hacerla coincidir, no sólo con las convenciones de contenido negativo, sino, también, con una nutrida serie de compromisos positivos (suministros de agua, de carbón, de fuerza motriz, etc.). Los obstáculos más graves impuestos por el principio *servitus in faciendo consistere nequit* han sido, de este modo, superados, quebrando una regla en apariencia inflexible, a través de la interpolación de la vinculación real. La naturaleza real de la obligación puesta a cargo del propietario del fundo *sirviente,* de hacer los gastos necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre –obligación fundada en el título–, es innegable (*v.,* Código Civil, art. 730). Del mismo modo –aun siendo positivo–, el compromiso asumido por quien concede agua de un manantial o un canal, de construir las obras ordinarias y extraordinarias para la derivación y conducción de las aguas hasta el sitio en que la suministre (Código Civil, art. 736), constituye una obligación *propter rem* de signo indiscutible.[11]

En alguna parcialidad de la doctrina, la resistencia a admitir la existencia de servidumbres positivas *(servitus "in faciendo")* ha motivado la desviación del centro de gravedad hacia las obligaciones (reales) accesorias. Desde este ángulo, los compromisos adquiridos por los propietarios de los fundos sirvientes ejemplificados, no colocarían el *facere* dentro del contenido principal de la servidumbre. El deber –de sensible contenido positivo– puesto a cargo del propietario del fundo serviente, resultaría únicamente el ingrediente de una obligación accesoria emergente de la concurrencia de derechos rivales.[12] Mediante este expediente, la doctrina trata de mantener abierta una brecha entre el derecho real que se ejerce *adversus omnes* y la obligación *propter rem,* que reconoce un obligado específicamente determinado.[13]

La simetría se revela, entonces, entre el derecho real, como poder sobre la cosa, que se explica por la exclusión de todos los demás en relación a la titularidad y que no puede dar cabida a un *facere* a cargo de alguien individualmente señalado, y la obligación *propter rem,* que admitiría un contenido positivo de la índole descrita.

11. *V.* ampliamente, Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance,* pp. 149 y ss.

12. *Cfr.* Grosso, Giuseppe y Giammaria Dejana: *Le servitú prediali,* pp. 46 y ss.

13. Grosso y Dejana: *Op. cit.,* p. 51. En sentido coincidente: Callegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato,* G. Giappichelli, ed., Turín, 1960, p. 447, y Burdese, Alberto: *Servitú...,* pp. 8, 39 y ss.

Sin embargo, los requerimientos de los textos positivos (por ejemplo, los artículos señalados del Código Civil venezolano) imponen a esta corriente la disección de los conceptos. Los deberes a cargo del propietario del fundo sirviente, surgirían a manera de *obligaciones accesorias* de las servidumbres.[14] Estas *obligaciones accesorias* hallan su fuente en el título (constitutivo) o en la ley.

Sea cual fuere la dirección que se adopte, la resultante obligada consiste en la admisión de una prestación positiva puesta a cargo del obligado real y exigible por el titular del fundo dominante. La obligación –de esta forma contemplada– se traslada a los sucesivos adquirentes del fundo sirviente, independientemente del conocimiento que ellos tomen de la circunstancia anotada (la persistencia del gravamen), y el obligado podrá liberarse por conducto del abandono del predio gravado.

Dentro de la tipicidad de los derechos reales (tesis del *numerus clausus*), indefectiblemente ha de aceptarse, también, la tipicidad de la obligación *propter rem*, con lo cual se reduce en forma evidente el contorno de las relaciones de contenido real creadas por las partes. El contenido de la obligación positiva reconoce, así, un límite trazado precisamente por la relación que se establezca entre el propietario del fundo dominante y el titular del derecho sobre el fundo sirviente.

B) *La servidumbre debe recaer sobre la cosa ajena*

La configuración de la servidumbre presupone que los fundos pertenezcan a *propietarios distintos* (versión del principio *nemini res sua servit*). La regla alcanza su plenitud cuando el fundo dominante y el fundo sirviente llegan a pertenecer al mismo sujeto, pero no cuando el propietario de uno de ellos sea copropietario del otro.[15] Los comuneros, a través de un acto decisorio (de disposición), pueden consitituir servidumbre a favor del fundo integrado al patrimonio de uno de ellos solamente, por ejemplo.

14. Andrea Torrente observa que en los casos en que el propietario del fundo sirviente esté obligado, en fuerza del título, a una prestación positiva, no se está en presencia de una sino de dos relaciones jurídicas distintas: a) La relación real de servidumbre; b) La relación accesoria *propter rem* (*Manuale di Diritto Privato*, p. 276, nota 3). *Véase* también: Grosso y Dejana: *Le servitú prediali*, p. 53.

15. Torrente, Andrea: *Manuale*..., p. 276.

Por aplicación de esta característica, lógicamente debe admitirse la extinción de la servidumbre por confusión de los derechos de propiedad, sobre los fundos dominante y sirviente en un solo sujeto.[16]

C) *La servidumbre es una derogación del derecho común de propiedad*

Como se expresara antes (*supra*, N.° 144), las servidumbres suponen una *limitación* y no un fraccionamiento del derecho de propiedad. Al cesar la servidumbre, el dominio recupera su contenido normal en razón de su carácter elástico, Si se tratara de un fraccionamiento, la extinción de la servidumbre requeriría, adicionalmente, un acto del propietario encaminado a reintegrar aquella porción a su derecho.[17]

De esta idea deriva:

a) La servidumbre no se presume. Su constitución y existencia deben probarse. Como derecho real inmobiliario, la constitución o modificación de las servidumbres están sometidas a la formalidad del registro (Código Civil, art. 1.920, ordinal 2), para que surtan efecto contra los terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado derechos sobre el inmueble gravado (Código Civil, art. 1.924).

b) No hay servidumbre sin utilidad o ventaja, actual o posible.[18]

c) El ejercicio de la servidumbre debe adaptarse al objeto y necesidades para que se estableció, "sin que el dueño del predio sirviente pueda oponer obstáculos, y habiendo de comportarse el del dominante *civiliter*, es decir, procurando que el ejercicio de la servidumbre resulte lo menos gravoso posible para el sirviente".[19]

d) La interpretación, en los casos conflictuales, ha de ser estricta e inclinarse, en lo posible, al interés y condición del fundo sirviente.

e) La *inherencia* (predialidad) de la servidumbre al fundo, una vez constituida, veda la enajenación total o parcial de la misma, separadamente del fundo, o la constitución de otro gravamen del mis-

16. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil*..., II, p. 549. Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato italiano*, I, p. 520.

17. *V.*, Roca Juan: *De las servidumbres*, p. 9.

18. *Cfr.* Stolfi, Nicola: *Diritto Civile*, II-1 («I diritti reali di godimento»), p. 123.

19. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil*..., II, pp. 549 y 550.

mo tipo sobre ella.[20] La transmisión del dominio ejercido sobre el predio dominante arrastra la transferencia de la servidumbre que lo favorece.[21]

La regla *servitus servitutis esse non potest* significa: a') La inalienabilidad de la servidumbre separadamente del fundo dominante; y b') Que, a diferencia de otros derechos reales sobre la cosa ajena,[22] la servidumbre creada sobre un predio no comprende la servidumbre activa de éste sobre un tercer fundo (constituida por A, una servidumbre de paso por su fundo a favor de B., ello no envuelve la servidumbre del mismo tipo correspondiente a A, sobre el fundo de C.).[23]

La inalienabilidad de la servidumbre –que constituye prédica constante en la doctrina tradicional– torna ineficaz su transferencia a un fundo distinto de aquel a cuyo favor se constituyó, salvo autorización expresa del propietario del fundo sirviente; pero en esta hipótesis opera, en verdad, la extinción de la anterior servidumbre y la creación de otra.[24] Por el contrario, la servidumbre se transfiere *necesariamente* (en sentido activo y pasivo) con la transmisión del predio dominante o del sirviente, sin necesidad de mediar un acto expresamente dirigido a lograr este efecto, como consecuencia normal de la *realidad* de la relación fundante.[25]

D) *La servidumbre constituye una relación (funcional) entre predios*

El sentido de esta expresión es susceptible de crear la falsa imagen de una relación jurídica vinculante de dos bienes, lo cual no debe admitirse (*supra*, N.° 146). La relación jurídica enlaza la conducta de dos sujetos: los propietarios de los predios dominante y sirviente, respectivamente.

a) La servidumbre presupone, sin embargo, la existencia de dos fundos (dominante y sirviente). Tiene siempre por objeto –por tanto– bienes inmuebles,[26] y es un derecho real esencialmente *inmobiliario*.[27] Para que su ejercicio resulte posible, los predios han de ser *vecinos*, pero *no necesariamente contiguos*. Por ejemplo, el propietario de un fundo puede tener derecho de conducir el agua suministrada por el predio sirviente a través de otro fundo que no le pertenece. El carácter de vecindad, por ello, exige que sea posible la transmisión de la *utilidad* prestada por el fundo sirviente al fundo dominante. Tal nexo íntimo entre vecindad y utilidad, ha llevado a la doctrina actual a diluir el primer carácter en la última nota. La vecindad llega, así, a entenderse como *relación funcional*, frase que encierra el sustrato de *utilidad*.[28]

El ordenamiento jurídico italiano admite la constitución de servidumbre para *utilidad futura* del fundo (Código Civil italiano de 1942, art. 1.029), caso en el cual la servidumbre se constituye inmediatamente, pero con efectos proyectados para un momento posterior. Asimismo es factible la constitución de una servidumbre a favor o a cargo de un edificio a construir o de un fundo a adquirir: la constitución y el nacimiento de la servidumbre tendrían lugar desde el día de la construcción o de la adquisición, por lo que subsiste hasta entonces una vinculación meramente personal entre los sujetos interesados.[29]

b) La servidumbres son *indivisibles:* no se admite su adquisición o pérdida parciales.[30] Pero la naturaleza de las servidumbres implica, adicionalmente, que tanto su ejercicio como su relación con el predio sobre el cual se ejercitan, sean también indivisibles: el derecho de paso o de acueducto, por ejemplo, no pueden ejercitarse por una tercera o una cuarta parte.[31]

La servidumbre aprovecha al predio dominante en su totalidad, no en fracciones. Por este mismo conducto, se entiende que la servidumbre que grava una fracción del fundo se supone constituida a favor de la integridad del fundo dominante. La misma nota de indivisibilidad

---

20. Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, p. 550. Callegari, Dante: *Istituzioni...*, p. 447 y 448. Burdese, Alberto: *Servitú...*, p. 30.
21. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 814.
22. Los derechos reales sobre cosa ajena constituidos sobre el predio dominante, permiten a sus titulares utilizar la servidumbre y obtener, por esa vía, un mejor disfrute.
23. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 814.
24. Zapulli, Carlo: *Op. cit.*, p. 149.
25. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, III, p. 494.

26. El fundo dominante tiene la servidumbre activa; el sirviente, la servidumbre pasiva. (Callegari, Dante: *Istituzioni...*, p. 446).
27. Burdese, Alberto: *Servitú...*, p. 10. Código Civil, artículo 530.
28. *Cfr.* Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 817.
29. Messineo, Francesco: *Manual...*, III, p. 492. *V., in extenso:* Burdese, Alberto: *Servitú...*, pp. 19 y ss.
30. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, pp. 550 y 551.
31. Ricci, Francesco: *Derecho Civil...*, VI-2, p. 10.

implica que si el fundo dominante pertenece *pro indiviso* a varios sujetos, la servidumbre no queda, por ello, fraccionada en cuotas o partes intelectuales.[32]

Si el predio dominante es adquirido por varios sujetos, y lo dividen en parcelas, y existe una servidumbre de paso o de conducir agua, cada nuevo propietario puede beneficiarse de la servidumbre activa por entero, a condición de no agravar su ejercicio y de no obstruir el derecho igual que corresponde a los demás.[33] Vista desde otra vertiente, la división del predio sirviente impone a los propietarios la obligación de tolerar la servidumbre en la parte que les corresponda. (En cierta forma, el art. 1.071 del Código Civil italiano de 1942 da entrada a la divisibilidad de la servidumbre).

Por último, conforme al artículo 723 del Código Civil de Venezuela, la servidumbre constituida por uno de los copropietarios de un predio indiviso, no se reputa establecida y realmente eficaz, sino cuando los demás la han concedido también, conjunta o separadamente. La concesión unilateral de la servidumbre quedará en suspenso hasta que la haya otorgado el último de los copropietarios, y obliga al concedente y a sus sucesores y causahabientes, a título universal o a título singular, a no poner obstáculos al ejercicio del derecho concedido. Proyección diáfana de la *invisibilidad* son los artículos 756 y 757 (el uso de la servidumbre por uno de los titulares pro indiviso de un fundo impide la prescripción respecto de todos los condueños. La suspensión o interrupción de la prescripción a favor de uno de los copropietarios aprovecha, igualmente, a todos los demás).

Mas la indivisibilidad atañe a la relación constituida y no al contenido económico oriundo de la servidumbre. Por ello, la *divisibilidad* es realizable *en la participación o en el producto de la utilidad* vinculada al derecho.[34]

c) La servidumbre debe tener *causa perpetua (causa perpetua servitutis)*. Esto último no se identifica con un criterio de duración perpetua del gravamen. Se relaciona con la aptitud del fundo sirviente para prestar una utilidad permanente al predio dominante. Desaparecida la razón de necesidad que motiva su existencia, la servidumbre se extingue.

32. Burdese, Alberto: *Op. cit.*, p. 29.
33. Expresamente, artículo 1.066 del Código Civil mexicano.
34. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 150.

d) La servidumbre puede ser constituida en beneficio o a cargo de una parcela de terreno, y también de una construcción incorporada a un predio.[35]

148. CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Prescindiendo de la escisión entre servidumbres rústicas (o rurales) y urbana (tipología que deriva de la naturaleza de los fundos y que carece de utilidad práctica), y en voluntarias y coactivas (cuyas incidencias referimos en la primera parte de este capítulo), el esquema siguiente se ocupa de la división constante en la doctrina y en los códigos.

A) *Servidumbres continuas y discontinuas*

El artículo 710 del Código Civil venezolano define así las servidumbres continuas y discontinuas:

> "Son continuas aquellas cuyo ejercicio es o puede ser continuo sin que haya necesidad de un hecho actual del hombre para tal ejercicio; tales son los acueductos, los desagües de los techos, las vistas y otras semejantes.
>
> Son discontinuas las que tienen necesidad del hecho actual del hombre para su ejercicio; tales son las de paso, las de tomar aguas, las de pasto y otras semejantes".

El índice distintivo radica, por tanto, en la necesidad o no del hecho actual del hombre para su ejercicio. El artículo 712, coloca entre las servidumbres continuas y aparentes las de tomar agua por medio de un canal o de otra obra visible y permanente, sin que importe el uso a que se destina el agua, y aun cuando no se tome sino por intervalo de días o de horas.

Presupuesto de las servidumbres discontinuas es la necesidad del hecho del hombre y de la actualidad de esa necesidad.[36] Pero no es sostenible la equiparación de la continuidad o de la discontinuidad con el uso permanente o no de la servidumbre, como se constata del contenido del citado artículo 712.

35. Burdese, Alberto: *Servitú...*, p. 11.
36. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 152 y artículo 710, última parte, del Código Civil venezolano.

B) *Servidumbres aparentes y no aparentes*

El artículo 711 del Código Civil define las servidumbres colocadas bajo este rubro, en la forma siguiente:

"Son aparentes las que se muestran por señales visibles, como una puerta, una ventana, un acueducto.

Son no aparentes aquellas cuya existencia no se indica por ninguna señal visible, como la de no edificar en un predio o no edificar sino hasta una altura determinada".

Doctrinariamente, las servidumbres aparentes son aquellas que se muestran por obras visibles y permanentes o a cuyo ejercicio están destinadas obras de este género,[37] las cuales evidencian la intención de ejercitar la servidumbre. Las señales visibles pueden hallarse en el predio dominante o en el sirviente.[38] Además, una misma servidumbre puede ser *aparente o no aparente*. Ejemplo: la servidumbre de paso es aparente si para su ejercicio ha sido construido un pasillo o una puerta. Si tales signos exteriores faltan será una servidumbre no aparente.[39] El artículo 1.515 del Código Civil (derecho del comprador del fundo vendido, el cual está gravado con servidumbres no aparentes, no declaradas en el contrato, y de tal importancia que hagan presumir que el adquirente no habría comprado el fundo de haberlas conocido, para pedir la resolución del contrato o una indemnización) es una aplicación de las nociones expuestas.

C) *Servidumbres afirmativas (o positivas) y negativas*

La doctrina entiende por servidumbre *afirmativa* "aquella por la cual el titular tiene derecho de cumplir cualquier acto sobre el fundo sirviente, como pasar por él, extraer agua, etc..."; y *negativa*, "aquella por la cual el titular tiene derecho de impedir al propietario del fundo sirviente hacer cualquier cosa que, en fuerza de su derecho de propiedad, estaría facultado para hacer"; por ejemplo: la servidumbre *altius non tollendi*.[40] Tal conceptuación no está normativamente recogida dentro de la disciplina general del instituto en el Código Civil, pero puede dársele cabida por aplicación de la regla erigida en el artículo 709.

37. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 281.
38. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 152.
39. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 152; Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 554.
40. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 152.

La ley autoriza, en efecto, imprimir las más variadas formas al contenido de las servidumbres por voluntad del constituyente. Esta circunstancia no desvirtúa, sin embargo, la tesis del *numerus clausus* de los derechos reales, puesto que no se trata de un "derecho real innominado", sino de una figura enmarcada dentro del esquema de las servidumbres estructuralmente reguladas en el Código Civil.[41]

41. *Cfr.* Messineo, Francesco: *Manual...*, III, pp. 446 y 496. La doctrina y la jurisprudencia extranjeras han logrado dilatar así, de modo notable, el campo de la servidumbre. En Francia, pese a la resistencia arraigada en el principio según el cual la servidumbre no puede existir sino a cargo de un fundo y para utilidad de un fundo, sin crear una carga o imponer una ventaja puramente personal a los propietarios (París, 16 de junio de 1938, en Dalloz: *Nouveau répértoire de Droit*, Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1950, tomo IV: voz "Servitudes". N.° 395 y, también *Répértoire Générale Alphabetique* de Sirey, Supplément, tomo 12, voz "Servitudes" N.° 53), se ha decidido que constituyen servidumbres: el derecho conferido al propietario de una fábrica de vidrio para tomar en la cantera vecina el carbón necesario a su industria. (Civ., 9 de enero de 1901), la prohibición hecha a los adquirentes de terrenos situados en una concesión minera de reclamar indemnizaciones por los perjuicios que pueda causarles la explotación normal de una mina (Civ., 12 de diciembre de 1899); la cláusula que prohíbe a los adjudicatorios de lotes de terrenos el ejercicio, en sus fundos, de determinadas profesiones o industrias (Req. 28 de mayo de 1919) (*en Nouveau Répértoire...* cit.). Se rehúsa conferir carácter de servidumbre a la carga impuesta a un inmueble vecino de no servir jamás para el establecimiento de un fondo de comercio que pueda competir con el del vendedor (Req. de 8 de julio de 1851). En Bélgica se ha juzgado que constituye una simple obligación personal el deber impuesto por el vendedor de un fundo al adquirente de no ejercer sobre el fundo enajenado un comercio o una industria determinados (Appel. Bruselas, 1.° de marzo de 1909) (*Nouveau Répértoire...*, cit., N.° 401).
La jurisprudencia venezolana –aun cuando escasa en la materia– parece inclinarse por el criterio amplio. De esta forma, la Sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 14 de junio de 1960 (*JTR*, VIII, 1960, p. 784), según la cual constituye una servidumbre predial la prohibición, contenida en las condiciones generales de venta de parcelas de una urbanización por la que se veda al comprador de un lote de terreno la construcción de establecimientos mercantiles, industriales o fabriles sin la previa autorización del vendedor. Tal servidumbre no cesa por el hecho de que otros adquirentes de parcelas hubieren construido locales comerciales (p. 786). *V.* asimismo, en la doctrina italiana: Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*, p. 474, nota 2: «Una forma totalmente moderna y muy frecuente de servidumbre se observa en las limitaciones y en los vínculos que, con ocasión de la venta de áreas edificables, son impuestas a los adquirentes en orden de las características de las construcciones a erigir sobre el suelo vendido: se reconoce a las mismas carácter real de verdadera y propia servidumbre». La Casación italiana se sitúa en esta perspectiva, por aplicación del concepto de «utilidad» recogido en el artículo

Las servidumbres afirmativas pueden ser continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes. Las servidumbres negativas sólo pueden ser continuas y no aparentes.[42]

149. CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Según el artículo 720 del Código Civil, las servidumbres se establecen:

A) *Por título.*

B) *Por usucapión.*

C) *Por destinación del padre de familia.*

Teóricamente han sido simplificados los modos de constitución de las servidumbres así:

A) *Coactivamente*, por imposición de la ley (servidumbres forzosas);

B) *Por voluntad del hombre* (servidumbres voluntarias), peldaño dentro del cual se colocan la constitución *por el título, por prescripción* y *por destinación del padre de familia.*[43]

Esta última distribución presenta un serio desnivel con respecto al derecho positivo venezolano, si se toma en cuenta que la categoría de las servidumbres legales quedó refundida, en la reforma del Código Civil (de 1942), con las limitaciones legales de la propiedad predial (supra, N.° 144).

A) *Constitución por título*

En términos genéricos, por título se entiende todo acto o negocio jurídico, *inter vivos o mortis causa*, gratuito u oneroso, que da origen a la servidumbre. Constituida por acto de última voluntad, la servidumbre no requiere del consentimiento de los herederos para alcanzar existenca jurídica.[44] La constitución regular de las servidumbres, debe

1.028 CC., molde aplicable aun a las servidumbres constituidas bajo el imperio del Código de 1865, por cuanto se entiende que la norma citada es simplemente interpretativa y no introduce innovación al esquema trazado en el texto positivo anterior (*Cfr.* Sentencia de la Casación italiana de 19 de octubre de 1960, N.° 2.821).

42. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 153.
43. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 277.
44. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 153.

hacerse por escrito y está sometida a publicidad registral, para alcanzar efectos contra terceros que hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble (Código Civil, art. 1920, ord. 2 y 1924).

La servidumbre no puede ser constituida sino por quien tiene facultad para disponer de la cosa gravada. Por ello, el usufructuario no está facultado para imponer servidumbres pasivas al fundo concedido en calidad de usufructo, aun cuando goza de las servidumbres activas creadas a favor del fundo usufructuado (Código Civil, art. 599). El *enfiteuta* puede imponer servidumbres sobre el fundo enfitéutico, pero éstas cesan al terminar la enfiteusis (Código Civil, art. 751).

Sin consentimiento del titular de un derecho personal de goce o de un derecho real limitado (usufructo, por ejemplo) sobre el predio, el propietario no puede constituir una servidumbre si con ello perjudica al referido titular: mas no si la servidumbre beneficia al predio (arg. art. 722).[45]

B) *Adquisición por usucapión*

La prescripción adquisitiva es un modo originario de adquirir, aplicable a las servidumbres (*retro,* Capítulo XII, N.° 70). El artículo 720 del Código Civil, reconoce expresamente la prescripción al fijar el punto de partida de la posesión *ad usucapionen,* en las hipótesis de las servidumbres continuas y aparentes, desde el día en que el propietario del predio dominante haya comenzado a ejercerlas sobre el predio sirviente, y para las servidumbres continuas no aparentes y discontinuas no aparentes, desde el día en que el propietario del fundo dominante manifieste por escrito al propietario del predio sirviente su pretensión sobre ellas. Con esta norma se dio en la reforma de 1942, una respuesta positiva a las vacilaciones frecuentes en la doctrina clásica –en especial, la fundada en el Código Civil italiano de 1865, y en los Códigos venezolanos derogados–, sobre la usucapibilidad de las servidumbres continuas y discontinuas no aparentes.[46]

45. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 153.
46. Por ello, resulta discordante la afirmación vertida en la sentencia de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 14 de junio de 1960 (en *Jurisprudencia*, de Ramírez y Garay, 1960, primer semestre, p. 382): «Es lo cierto, pues, que aun cuando la ley se refiere a cosa poseída, este interdicto [de obra nueva] puede promoverlo, válidamente, no sólo el poseedor legítimo, pues hay derechos reales que no pueden ser objeto de posesión y ni siquiera de cuasi-posesión, tal como sucede en las servidumbres discontinuas y

La usucapión decenal de las servidumbres se consuma por la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.979 del Código Civil (conc. art. 1.953). El punto de partida de la posesión *ad usucapionem* se localiza a partir de la fecha de registro del título.[47]

C) *Adquisición por destinación del padre de familia*

Llamada, asimismo, "adquisición por presunción legal o signo aparente",[48] sólo procede respecto de las servidumbres aparentes, continuas o discontinuas (Código Civil, art. 721), y exige la conjugación de los siguientes factores condicionantes:

a) *Un estado de hecho,* del que resulten señales visibles de servidumbre entre dos fundos que pertenecieron al mismo propietario.

b) Que los signos visibles hayan sido establecidos *por el propietario* de los dos inmuebles. La norma resultaría inaplicable cuando la constitución del signo fuere obra de una persona distinta del propietario.[49]

c) *El caracter permanente de la carga* (gravamen): se trata del servicio que un fundo ha de prestar a otro como tal, sin integrar una ventaja personal y transitoria que el propietario quiera extraer de la cosa que le pertenece.[50]

d) *La existencia de dos fundos diversos,* pertenecientes a un mismo titular, que pasan al dominio de distintos propietarios, o bien de dos partes distintas de un mismo fundo de las cuales una estaba sometida a una carga en provecho de la otra, siendo luego transferidas a propietarios diversos. La creación de la servidumbre por este sistema, actúa también –es lógico– si el propietario enajena sólo un fundo a un tercero, reservándose el dominio sobre el restante o sobre la porción antes citada del mismo fundo

e) Que en el acto de enajenación el propietario nada haya dispuesto sobre la carga, dejándola tácitamente vigente.

Como *modo tácito* de constitución que dimana de la voluntad del propietario original de los dos predios, la servidumbre adquiere existencia, como gravamen en sentido técnico, una vez que los predios se ubican en patrimonios diversos, o cuando el propietario original transfiere el dominio de uno de ellos a otro sujeto, por elemental aplicación del principio *nemini res sua servit.* La vigencia de la carga puede demostrarse por cualquier género de pruebas, incluso la testimonial.

El artículo 721, segunda parte, del Código Civil, disciplina una forma de creación especial por destino del padre de familia, aplicable aun en el caso de que los signos exteriores falten, *y para cualquier especie de servidumbres,* si el propietario de dos predios manifiesta su voluntad de crear el gravamen, en escritura protocolizada en la Oficina Subalterna de Registro, con jurisdicción en el lugar donde estén situados los inmuebles. Ello constituye una figura de contraste con relación al concepto tradicional sobre constitución de la servidumbre por destinación del "padre de familia".

150. EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES

Las reglas genéricas descritas a continuación, se acomodan a todas las formas asumidas por las servidumbres, salvo las derogaciones parciales y las modalidades impuestas por algunas, en particular, o por el título (contrato, testamento...), cuya aplicación se superpone en el escalonamiento de fuentes rectoras.

A) *Medida del goce*

a) La servidumbre comprende todo aquello que sea necesario para ejercitarla (Código Civil, art. 726, primera parte). A modo de ejemplo, el Código Civil, en la norma citada, preceptúa que la servidumbre de tomar agua en manantial ajeno, envuelve el derecho de paso por el predio donde esté situado. El párrafo terero del mismo dis-

no aparentes [negativas o de abstención: las de no edificar en un predio o hacerlo sólo hasta una altura determinada] y, por eso el titular de tales servidumbres indudablemente que puede denunciar la obra nueva emprendida en el fundo sirviente que le perjudique o impida el ejercicio de su derecho real» [sic]. Si no existe posesión sería inconcebible la prescripción adquisitiva. Para la teoría italiana actual, *cfr.* Barassi, cit. por José Luis de los Mozos: *Tutela interdictal de la posesión,* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 232. De los Mozos se pronuncia en el mismo sentido (posibilidad de las servidumbres discontinuas y no aparentes).

47. Se discute aún si la adquisición por usucapión del derecho de propiedad sobre el fundo dominante arrastra consigo la de la servidumbre que aprovechaba al anterior titular. En sentido ngativo: Burdese, Alberto: *Servitú...,* p. 91. Por la postura contraria: Grosso, cit. por Burdese, p. 91.

48. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...,* II, p. 560.

49. Castán Tobeñas, José: *Op. cit.,* p. 560.

50. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.,* p. 155.

positivo técnico ubica, dentro del derecho de hacer pasar agua por el predio ajeno, la facultad de transitar por la orilla del acueducto para vigilar la conducción del líquido y hacer las limpias y reparaciones necesarias. Tales medios, indispensables para el normal ejercicio de la servidumbre, son considerados por la doctrina como *servidumbres accesorias.*[51]

En caso de dudas sobre la extensión de la servidumbre, su ejercicio se limitará a lo necesario para el destino y conveniente uso del predio dominante, con el menor perjuicio del fundo sirviente (Código Civil, art. 734), adaptación ésta de la regla del ejercicio *civiliter* del derecho real.

b) La entidad del goce es mensurada tanto por el negocio jurídico originario del derecho como por la posesión.[52] El titular de la servidumbre no puede hacer en ninguno de los predios, innovaciones que tornen más gravosa la condición del fundo sirviente (Código Civil, art. 733). Pero el titular puede hacer, a su costa, en el predio sirviente, las obras necesarias para el empleo de la servidumbre (Código Civil, arts. 727 y 728).

B) *Alteración del estado de las cosas*[53]

En todo caso, el propietario del fundo dominante debe hacer las obras necesarias para conservar la servidumbre en condición de no ocasionar daño al predio sirviente, y el dueño de este último no podrá hacer nada que disminuya el uso de la servidumbre o lo torne más incómodo (Código Civil, arts. 729 y 732). Así, el propietario del predio sirviente no está facultado para variar el estado del fundo, ni trasladar el ejercicio a un lugar distinto de aquel en donde fue originalmente establecido; pero si el ejercicio se ha hecho más oneroso, o si le impide hacer trabajos, reparaciones o mejoras en aquellos lugares, podrá ofrecer al propietario del fundo dominante un lugar igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y éste no puede rehusar el ofrecimiento (cambio de localización de la servidumbre: Código Civil, art. 732). Correlativamente, el propietario del predio dominante está facultado para exigir el traslado de la servidumbre a otro sitio distinto, si el cambio es para él de manifiesta utilidad y no produce daño al predio sirviente. Los gastos que acarree el cambio serán satisfechos por quien lo solicite (Código Civil, art. 732).[54]

51. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 565.
52. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 873.
53. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 874.

El *abandono* (liberatorio) autoriza al propietario del fundo sirviente que esté obligado a hacer, en virtud del título, los gastos *necesarios* para el uso y conservación de la servidumbre, a abdicar el dominio a favor del dueño del fundo dominante (Código Civil, art. 730). Cesando la causa de la cual pendía la obligación, estaúltima se extingue.[55]

151. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres se modifican:

A) Por convenio de los propietarios de los fundos dominante y sirviente. Este acuerdo puede ampliar o reducir la extensión de las servidumbres y el *modo* (esto es, el elemento que determina cómo deben ser ejercitadas: a pie, en vehículos, etc.).

B) Por efectos del tiempo y de la posesión.

C) Por modificación del predio dominante o del serviente, que revista importancia suficiente para alterar el contenido de la servidumbre.[56]

La servidumbres se extinguen:

A) *Por confusión*, es decir, por la reunión en una misma persona de la cualidad de propietario del fundo dominante y del fundo sirviente (Código Civil, art. 750). Resulta de la aplicación *nemini res sua servit:* El disfrute deja de ser *iuris servitutis para realizarse iuris propietatis.*[57]

B) *Por prescripción extintiva.* El no uso por el término de veinte años. Se computa este término respecto de las servidumbres continuas

54. La transferencia del ejercicio de la servidumbre a otro lugar del mismo fundo sirviente, no comporta la extinción del derecho y la constitución de uno nuevo, sino sólo una modificación objetiva que, a falta de acuerdo de las partes, puede ser impuesto por sentencia (Sentencia de la Casación italiana de 24 de enero de 1967, en *Rivista di Diritto Civile*, 1967-II, p. 464).
55. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 283, nota 3.
56. Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 563.
57. Roca, Juan: *De las servidumbres*, p. 1.

y discontinuas aparentes, desde el día en que cesó el uso de la servidumbre; y con relación a las servidumbres continuas y discontinuas no aparentes, desde el día en que se haya verificado un acto contrario al ejercicio de la servidumbre (Código Civil, art. 752).

El *modo* de la servidumbre prescribe de la misma manera que la servidumbre (Código Civil, art. 753).

El ejercicio de la servidumbre en un *tiempo diferente* al que determine la posesión o el contrato, *no impide la prescripción* (Código Civil, art. 755). En realidad, el titular de la servidumbre que la ejercita en tiempo diferente, disfruta de *otra servidumbre* que no tiene.[58] Pero si el predio dominante pertenece pro indiviso a varias personas, el uso de la servidumbre por una de ellas, impide la prescripción respecto de todas. Asimismo, la suspensión o interrupción de la prescripción en favor de uno de los condueños aprovechará a los demás (Código Civil, arts. 756 y 757).

Para que el *desuso* extinga la servidumbre es preciso que no se realicen actos de ejercicio durante el veintenio.[59]

C) *Por alteración del estado de los fundos,* en forma que se haga imposible su uso (Código Civil, art. 748) (perecimiento del fundo dominante o del fundo sirviente). Pero, conforme al artículo 749 del Código Civil, la servidumbre reaparecerá cuando el estado de las cosas se restablezca, a menos que haya transcurrido el tiempo requerido para la consumación de la prescripción. Por ello, la imposibilidad (de hecho) de usar la servidumbre, y la cesación de la utilidad, no están necesariamente enlazadas a la extinción, desde luego que el estado de los lugares puede variar y hacer resurgir el gravamen.[60] La servidumbre, por el contrario, se mantiene si la utilidad persiste, reducida al mínimo.

Basta que la modificación aludida se refiera a los lugares donde se ejercita la servidumbre. Las modificaciones ocurren tanto por hechos naturales como por el hecho espontáneo del interesado.[61]

D) *Por renuncia* del propietario del fundo dominante.

E) *Por el cumplimiento del término o de la condición* (resolutoria) a que esté sometido el gravamen.

58. Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 879.
59. Barbero, Doménico: *Op. cit.*, p. 878.
60. Torrente, Andrea: *Manuale...*, p. 285.
61. Zapulli, Carlo: *Loc. cit.*, p. 156.

F) Por la resolución del derecho del constituyente. Una aplicación de esta causa de extinción se localiza en la última parte del artículo 751 del Código Civil (cesación de las servidumbres impuestas sobre el fundo por el enfiteuta, al extinguirse la enfiteusis).

G) Por abandono del predio sirviente. La renuncia es un acto unilateral, el cual debe ser reducido a escrito y sometido a transcripción (a los fines previstos en el artículo 1.924 del Código Civil). Mediante el abandono liberatorio, por otra parte, se produce la extinción de las obligaciones de contenido positivo que graviten sobre el propietario del predio sirviente, *aunque su cuantía sobrepase el valor del fundo,*[62] siempre que las obras se refieran al uso o conservación de la servidumbre. Como derivación de la renuncia, el fundo sirviente queda a disposición del titular de la servidumbre. Pero la servidumbre sobrevive en tanto la apropiación no se verifique. Tal aserto involucra, por consiguiente, no la liberación del fundo mismo de la servidumbre que sobre éste gravita, sino de la obligación *propter rem* de soportar las erogaciones adheridas a ella.[63] El ingreso del inmueble abandonado, al patrimonio del dueño del fundo dominante, exige una separada declaración de este último, según el criterio de la doctrina dominante.[64] Es posible, además renunciar anticipadamente a la facultad de valerse del abandono liberatorio; pero este acto se traduce en una relación meramente obligacional que no compromete a los causahabientes a título particular.[65]

H) *Por convenio* entre los propietarios de los predios, con contraprestación o sin ella.

152. DEFENSA DE LAS SERVIDUMBRES

La *acción confesoria (vindicatio servitutis)* es el medio típico de tutela de las servidumbres, bien se discuta su existencia, bien se impida u obstaculice su ejercicio. La finalidad de la acción es hacer reconocer

62. Messineo, Francesco: *Le Servitú* (arts. 1.027/1.099 C. C.). Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1949, p. 166.
63. Messineo, Francesco: *Le Servitú...*, p. 168.
64. Burdese, Alberto: *Servitú...*, p. 44.
65. Burdese, Alberto: *Servitú...*, p. 44.

y respetar la existencia del gravamen y prevenir al demandado que se abstenga de lesionar el derecho, condenándole a resarcir los daños.[66]

El titular de la servidumbre dispone, además (por vía posesoria), de los interdictos de amparo y restitutorio, dirigidos a poner fin a los actos de perturbación o de despojo de que fuere objeto la posesión, y de las acciones de denuncia de obra nueva y de daño temido. El uso en el año precedente, o el uso del último período de disfrute, cuando se trate de servidumbres ejercidas en intervalos que excedan de un año, determinarán el estado de cosas que deba protegerse con las acciones posesorias (Código Civil, art. 787).

En lo que atañe a la *legitimación activa*, Barbero[67] distingue dos hipótesis. La acción confesoria, en efecto, puede dirigirse al reconocimiento de la existencia de la servidumbre contra eventuales contraposiciones de derechos rivales; o a hacer cesar los impedimentos y turbaciones de hecho que no partan de la negación del derecho de servidumbre.

a) En la primera hipótesis, *legitimado activamente* sólo puede serlo el *titular* del derecho mismo (el propietario del fundo dominante); *legitimado pasivo* no es sino el propietario del predio sirviente. En el sistema positivo italiano, la reglamentación de la fórmula procesal de defensa, autoriza al usufructuario y al mismo enfiteuta (entre otros) a actuar, llamando a la causa al propietario del fundo; pero si actúa el propietario, se hallan legitimados a intervenir (intervención adhesiva) conjuntamente, sumándose a la demanda del propietario.[68]

b) En la segunda hipótesis, *legitimado activo* es cualquier sujeto que tenga derecho a ejercitar la servidumbre (el usufructuario, el usuario, etc. del fundo dominante, quienes pueden reclamar también la indemnización de los daños personalmente sufridos); *legitimado pasivo* es el autor de la turbación, del impedimento, o del daño, aunque sea el propietario del fundo sirviente.

Por su parte, el propietario del fundo sobre el cual se ejerciere indebidamente una servidumbre, dispone de la *acción negatoria* para hacer declarar la inexistencia del gravamen.[69]

---

66. *Cfr.* Barbero, Doménico: *Sistema...*, I, p. 876 y Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil...*, II, p. 528.
67. *Sistema...*, I, p. 876.
68. *Cfr.* Barbero, Doménico: *Op. cit.*, I, pp. 876 y 877.
69. Castán Tobeñas, José: *Op. cit.*, I, p. 568.

BIBLIOGRAFÍA

Barbero, Doménico: *Sistema del Diritto Privato Italiano*. I. 6ª edición. UTET, Turín, 1962.

Burdese, Alberto: *Servitú prediali*. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milán, 1960.

Callegari, Dante: *Istituzioni di Diritto Privato*. G. Giappichelli, ed., Turén, 1960.

Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil español, común y foral*. II. 9ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

Ginossar, S.: *Droit réel, proprieté et créance*. Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960.

Grosso, Giuseppe y Giommaria Dejana: *Le servitú prediali*. UTET, Turín, 1951.

Messineo, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. III. Traducción, S. Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1954.

Messineo, Francesco: *Le servitú (art. 1.027-1.099 Cod. Civ.)*. Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1949.

Torrente, Andrea: *Manuale di Diritto Privato*. 5ª edición. Dott. A. Giuffre, ed., Milán, 1962.

Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil*. Vol. II. Antigua Librería Robredo, México, 1963.

Roca, Juan J.: *De las servidumbres*. Colección Nereo, Barcelona, 1961.

Stolfi, Nicola: *Diritto Civile*. II, parte I. 6ª edición. UTET, Turín, 1928.

Trabucchi, Alberto: *Istituzioni di Diritto Civile*. 14ª edición, Cedam, Padua, 1964.

Wolff, Martín: "Derecho de Cosas". En *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Kipp y Wolff, tomo III. Traducción, Blas Pérez González y José Alguer. 8ª revisión. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1936.

Zapulli, Carlo: Voz "Servitú" (Parte Generale). En *Nuovo Digesto Italiano*, XII.

Serie Jurídica McGraw-Hill

McGraw-Hill, con más de 100 años de tradición editorial a nivel mundial y siempre sirviendo a las necesidades del conocimiento, continúa con esta serie que se ha creado con el fin de satisfacer la demanda de Textos de Derecho, cónsonos con el nivel de exigencia de nuestras universidades, y de los profesionales del área que desean contar con fuentes bibliográficas actualizadas, escritas por reconocidas figuras del mundo académico. La cuidadosa selección de los libros que componen esta Serie, tienen el propósito de estimular a nuestros autores nacionales y darles una tribuna para la discusión de los apasionantes temas de la ciencia jurídica convirtiéndolas en obras indispensables para el estudiante y el abogado de hoy.

El Libro

Esta quinta edición recoge las mejoras y actualizaciones necesarias para ratificar su importancia entre los estudiantes y los profesionales del Derecho, conforme a los programas de Derecho Civil II de las principales universidades del país. Esta obra, es ante todo, una guía que permite describir las instituciones fundamentales de los derechos reales ajustadas a las normas del ordenamiento jurídico venezolano, sin dejar totalmente al margen los recursos que suministran otros sistemas positivos vigentes en otros países. El texto incorpora en esta nueva edición, las referencias necesarias a leyes especiales (así la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, el Derecho de Autor, la Propiedad Horizontal, la Multipropiedad y el Tiempo Compartido, entre otras), cuyo contenido fundamentalmente debe manejar el lector. Intenta así el libro, ceñirse al propósito de suministrar un esquema general de las figuras típicas de los Derechos Reales al alcance de los estudiantes, y que pretende también mantener actualizado al abogado en ejercicio.

El Autor

Agert Kummerow es Doctor en Derecho, Catedrático en Derecho Civil y Abogado desde 1956, obteniendo estos títulos en la Universidad Central de Venezuela. Fue director de la fundación Rojas Astudillo (Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal). Profesor Titular de Postgrado (I) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la U.C.V., y actualmente en ejercicio profesional.



ISBN 13: 9789803730475
ISBN 10: 9803730479

www.mcgraw-hill.com.ve

A Subsidiary of The McGraw-Hill Companies